

El estatuto político individual de los cargos electos locales municipales

Antonio Domínguez Vila
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de La Laguna

1. Introducción

En el art. 1.2º de la Constitución se afirma que la soberanía nacional reside en el pueblo, (SsSTC 6/1981, FJ 3º y 63/1987, FJ 5º), el principio de legitimidad democrática es la base de toda nuestra ordenación jurídico política y que la soberanía popular, base de toda la estructura del Estado, se organiza jurídicamente en un cuerpo electoral, definido como el conjunto de los ciudadanos con derecho de sufragio activo, siendo este el punto de intersección entre Sociedad y Estado¹. Por tanto el Estado, como poder de la soberanía popular y la organización el poder en las democracias, en esencia es representativo desde una doble perspectiva²: —materialmente porque representa los diversos intereses sociales y económicos, la expresión política de la sociedad y —formalmente porque sus órganos decisorios de poder políticos se integran con representantes de los ciudadanos elegidos por és-

¹ J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 1996, p. 319 y siguientes.

² J. PÉREZ ROYO, *ob. cit.* pp. 336 y siguientes.

tos, mediante elecciones libres y competidas, por tanto el mandato la representación política es representativa y no imperativa. Al decir del autor citado, las características esenciales de la representación política son las siguientes:

Primero: las instituciones representativas por excelencia son los órganos colegiados de legitimación democrática directa, Parlamentos y Plenos de las corporaciones locales.

Segundo: la representación política es el mecanismo de legitimación del poder.

Tercero: la representación es de los ciudadanos, basada en el principio de igualdad de todos ellos.

Cuarto: presentación representa a los ciudadanos al nivel de sus relaciones jurídicas generales con los entes políticos generales.

Cinco: la elección del representante es irrevocable hasta la finalización del mandato.

Sexto: el representante político tiene que rendir cuentas políticas de su gestión, independientemente de las jurídicas.

Esta participación política representativa³ no se ejerce únicamente en las democracias modernas a solo el nivel nacional. En los Estados de organización compleja se ejerce en diversos niveles territoriales, entre los que está el nivel de gobierno local⁴.

Este derecho a la participación política se extiende no solo respecto al derecho al sufragio sino también el número de concejalías elegibles⁵.

Estos principios se concretan en nuestra Constitución en el art. 23 que concibe la participación en los asuntos públicos como derecho fundamental de los ciudadanos, fortalecido por las garantías del art. 53, en el art. 9.2 se indica el deber de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, el art. 48 que quiere reforzar especialmente la participación política de la juventud y concretamente para la administración local, los arts. 140 y 141 establecen la función representativa en la elección de los órganos de gobierno de los municipios, islas y provincias. En este sentido, en la jurisprudencia del T.C. el

³ Que se ha de distinguir de la participación política ejercida directamente por los ciudadanos, y reconocida fundamentalmente en el art. 23.1 de la C.E. Ver sobre ello mi trabajo «*El régimen constitucional de la democracia directa*» en Anales de Facultad de Derecho de Universidad de La Laguna, 1997. p.s y ss.

⁴ J. DE ESTEBAN en *Curso de Derecho Constitucional*, tomo I, p. 450.

⁵ Vid V. BOIX REIG, «El régimen jurídico de la organización municipal», Ed Trivium p. 114.

derecho a la participación política en la democracia representativa se encuentra reconocido en las SsTC 63/1987 de 20 de mayo y la 161/1988, de 20 de septiembre, que expresa que las funciones de los representantes políticos comportan también el derecho a participar a través de la institución de la que forman parte⁶, así como anteriormente en las SsTC 51/1984, de 25 de abril, se expresaba que el derecho a participar en los asuntos públicos requiere un especial llamamiento o elección y la 80/1994, de 14 de marzo, establecen la vinculación inescindible del derecho de acceso a los cargos públicos con el concepto de representatividad política. También la doctrina del T.C. ha definido el límite de este derecho fundamental respecto a lo que es la participación administrativa, así en las STC 212/1993 de 28 de Junio, F.J. 5º y la 9/1995, de 17 de julio, donde se diferencia entre el derecho fundamental a la participación política como manifestación de la soberanía nacional que se ejerce por representantes del pueblo, de los otros títulos de participación administrativa que quedan fuera del derecho fundamental (arts. 27 o 105 de la Constitución).

2. La legitimación democrática directa como fundamento constitucional de las piezas organizativas del gobierno local

2.1. Adquisición de la condición de representante democrático de la comunidad local

Todavía dentro del proceso electoral, el escrutinio y la proclamación de candidatos es el acto de constatación de la voluntad designadora del cuerpo electoral en ejercicio de los derechos fundamentales de los arts. 23 y 140 C.E.⁷. La Junta Electoral Provincial efectúa la proclamación y expide las credenciales para su constatación pública, con lo que ya se es Concejales, se es cargo electo local con legitimación democrática directa lo que conlleva que se inserte en la organización del gobierno local municipal.

Cuando hablamos del nivel de gobierno local (o de la Administración Local, como se intitula el Capítulo II del Título VIII de la C.E.), debemos distinguir como expresa el art. 140 entre los aspectos políticos y administrativos correlatos de gobierno y administración local, o dicho de otro modo *Ayuntamiento-administración*, formado por el personal directivo y funcionarios, y el *Ayuntamiento-gobierno local*⁸ compuesto por los Concejales que conforman el

⁶ Auto del T.C. de 8-3-1996, 1996\56, F.J. 4 y 5.

⁷ L. MORELL OCAÑA, *El Régimen Local Español*, T.I. Ed. Civitas p. 493.

⁸ Vid sobre este extremo , R. MARTÍN MATEO «El Gobierno Municipal» en REVLA nº 227 , p. 412 y ss.

Pleno y los demás órganos reconocidos legalmente, como el Alcalde y la Comisión de Gobierno⁹.

La Corporación se constituye de la siguiente forma: se reúnen los concejales a los veinte días naturales de la celebración de las elecciones, o cuarenta si hubiera un recurso electoral, presidiendo la sesión una Mesa de Edad, esta comprueba las credenciales que le han sido entregadas a la Secretaría General con anterioridad, y declara constituida la corporación, pasándose a continuación a la toma de posesión y la formalización de juramento o promesa de cada uno de los Concejales ante la Mesa de Edad. Este acto plantea varias cuestiones:

A) La convocatoria del Pleno de constitución de la Corporación

La convocatoria de esta sesión constitutiva, en primera convocatoria tiene que contar con la mayoría absoluta del número de concejales electos y en segunda convocatoria y dos días después —o sea, a los veintidós días de las elecciones— puede celebrarse con la concurrencia de cualquier número de concejales. Dicha convocatoria, según algunos autores¹⁰, la ha de realizar la Corporación saliente, en el marco de sus funciones de gestión ordinaria. Sin embargo la postura más adecuada, puesto que ya la Corporación anterior carece de legitimación democrática desde la celebración de las elecciones, el escrutinio y la proclamación de concejales electos por la Junta Electoral Provincial. es que el Secretario General de la Corporación, órgano administrativo que garantiza la continuidad de las Corporaciones, quien ejerza la potestad de dicha convocatoria¹¹. Aunque la LOREG, en su arts. 195 y 201.4 al expresar taxativamente y en sentido conminatorio las Corporaciones municipales e insulares *se constituyen*, pretende exigir la responsabilidad a los concejales electos, para que se entiendan convocados ese día al objeto de constituirse en la nueva Corporación. Ahora bien alguien tiene que coordinar la organización exacta de ese acto y ajustar la hora de su celebración y el resto de los extremos protocolarios y administrativos necesarios. Por ello, aunque la convocatoria se entienda hecha por el ministerio de la Ley, el Secretario General, previa consulta con los cabeceras de lista, resulta el cargo institucional más adecuado para acordar la hora en que la misma debe de celebrarse y

⁹ Así se desprende de los arts. 108.4 y 195 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

¹⁰ L. MORELL OCAÑA, *op. cit.*

¹¹ Entiendo que no ha sido posible que se regulara de esta forma, dado los recelos de los legisladores del Régimen Local hacia los habilitados de carácter nacional, que se esmeraron en despojarles de cualquier atributo que pudiera otorgarles un papel institucional que les considerara algo más que simple personal al servicio de la corporación.

todos los pormenores del acto y así lo comunicarlo por escrito, con acreditación de su recibo, a todos los concejales en el momento en que éstos le presenten su credencial con anterioridad¹². Esta interpretación resulta mas acorde con la función institucional de dicho funcionario, reconocida y potenciada por la reciente reforma de la L.O.R.E.G.8/1999 que reconoce el papel de nexo entre lo político y lo administrativo que deben desempeñar los habilitados de carácter nacional¹³.

B) Actos de la Mesa de Edad. La toma de posesión y el Juramento o Promesa

A la mesa de edad, cuyos actos como veremos a continuación, son actos administrativos sujetos a control jurisdiccional, actuando como fedatario público de los mismos el Secretario de la Corporación, procede en primer lugar, a la toma de posesión y juramento de los miembros de la corporación. Se plantea si la toma de posesión y juramento son requisitos o presupuestos necesarios para la adquisición del estatus de concejal. La Junta Electoral Central en numerosos acuerdos tiene establecido que no se pierde la condición de concejal electo por la no formalización de la toma de posesión ni el juramento, aunque la falta de los mismos impiden el efectivo desempeño del cargo, en tanto no se formulen expresamente¹⁴.

En este sentido es interesante la construcción que hace Morell Ocaña¹⁵ traspolando la institución civil de la adquisición del dominio, la necesaria concurrencia del *título* y el *modo*. Para este autor el acta de nombramiento sería el título y la toma de posesión sería la traditio o el modo. Esta distinción entre el *ius* y *oficium*, expectativa o esperanza de derecho que significa el título o la elección, que no se concreta jurídicamente, no se materializa hasta la toma de posesión donde se transforma la expectativa en auténtico derecho. El cargo representativo cumplimiento del art. 23.1 de la Constitución, surge con la proclamación por la Junta Electoral y se documenta con la expedición de la credencial, pero la materialización, el acto jurídico que habilita para el comienzo del ejercicio del cargo se compone de dos aspectos: primero, la toma de posesión y segundo, el juramento.

a) Respecto a la toma de posesión no se exige plazo, si no se realiza en esta constitución de la Corporación se puede hacer más adelante, aunque parece que si

¹² En este sentido *El Consultor en el Manual del Concejal*, p. 79 y Igual opinión sostienen CAZORLA PRIETO, en *Comentarios a la Ley Electoral General*, Editorial Civitas, y J. CASTELAO, en *Manual de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales*.

¹³ Véase especialmente arts. 197 L.O.R.E.G. modificada por 8/1999 de 21 de abril.

¹⁴ Tampoco se pierde esta condición por la inasistencia al Pleno constitutivo. Así expresa la STS 2252/1992 de 12 de Febrero, Sala 3ª.

en un plazo prudencial no se realiza se puede entender, por la Corporación ya constituida que hay una renuncia tácita y procede operar el mecanismo de la sustitución. Dos requisitos previos a concurrir en los Concejales que acuden a la toma de posesión son la imposibilidad de tomar posesión quienes hayan sido condenados como deudores en la administración municipal por sentencia firme (art. 177 de la LOREG) y la resolución de cualquier incompatibilidad con el cargo de concejal (art. 178 de la LOREG).

b) Respecto al Juramento o promesa, si bien para algún autor¹⁶, implica una declaración de compromiso de cumplimiento de los deberes del cargo, pero no de lealtad constitucional, comprometiéndose solamente el ejercicio de los deberes del cargo de concejal en el estricto ámbito legal de su estatuto. Por contra se entiende que este compromiso es de lealtad con el orden constitucional, y así se desprende de la fórmula establecida en el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, donde se expresa la necesidad de lealtad a la Monarquía Parlamentaria como forma política del Estado y observar y hacer observar la Constitución. Es fidelidad no sólo a la legalidad ordinaria sino a la constitucional en el sentido de aplicarla y exigir su aplicación como cabecera del ordenamiento vigente, ello cual no significa que se esté violentado la libertad ideológica del art. 16 de la Constitución, se exige un deber de lealtad constitucional al ordenamiento vigente, mientras éstas sea derecho vigente independientemente de las creencias políticas del electo. El orden constitucional no debe de admitir el ejercicio de cargos públicos por quienes no están dispuestos a mantenerlo¹⁷.

3. El derecho al mandato del concejal

Constituida la Corporación, corresponde el desarrollo de los derechos y deberes inherentes al estatuto político-jurídico del concejal. A modo de preámbulo o esquema de lo que se va a tratar, podemos escribir que existe un primer derecho al mandato, que se ve precedido del cumplimiento de una serie de requisitos previos para su comienzo. Derecho al mandato que se concreta en sus características de no imperativo, gratuito y temporal. Y más tarde, durante el mandato, una serie de derechos y deberes que se concretarán durante el mandato y serán como son derechos y honores y prerrogativas del cargo, derecho a determinados nombramientos y funciones delegadas, derecho de información, derecho a ejercer la oposición y

¹⁵ Op. cit. p. 494.

¹⁶ L. MORELL OCAÑA, op. cit.

¹⁷ Véase *La Doctrina Jurisprudencial* del TC la STC 74/1991 de 8 de abril. Antes la STC 8/1985 de 25 de Enero.

control del gobierno municipal, derecho y deber de asistir a las sesiones, derechos económicos, exigencias, y luego, cerrado el sistema, con las elecciones a la duración del mandato que suponen la suspensión o la pérdida de la condición de concejal.

3.1. *Condiciones para el comienzo del mandato*

A) La declaración de su patrimonio a efectos de incluirlo en el Registro de Intereses

Conforme al art. 108.8 de la LOREG, y 75 de la Ley de Bases del Régimen Local, son dos los requisitos previos al comienzo del mandato. Uno la declaración de sus actividades públicas y privadas económicas que pudieran generar incompatibilidad con el ejercicio de su cargo de concejal y segundo o dos, la declaración de su patrimonio a efectos de incluirlo en el registro de Intereses. Estos dos requisitos se desarrollan en el ROFRJELRJEL en los arts. 30 a 32 y han de ser presentados antes de la toma de posesión. Para Morell¹⁸ no es impedimento para la toma de posesión pues los requisitos para ello están en la LOREG y no en la Ley de Bases de Régimen Local, sin embargo acuerdos de la Junta Electoral Central sí entienden que impiden la toma de posesión el no haber cumplimentado estas cuestiones. En este sentido la sentencia del T.C. 331/1993, establece el plazo para hacerlo. Es una obligación personal, no cabe su sustitución o investigación por parte de la corporación para su comprobación, constituyéndose el Registro de Intereses y el Registro de Incompatibilidades que son dos, no uno, con sólo las declaraciones de los interesados, debiéndose referir el primero a las actividades económicas que puedan proporcionar ingresos y que afecten al ámbito de competencias de la corporación y el segundo a los bienes o patrimonio del concejal, extendiéndose a su cónyuge, si no existe régimen de separación de bienes, pero solo a esta no a los hijos padres o socios . Sobre su carácter de registro público o no, la doctrina¹⁹ expresa que no es público, puesto que afecta a la intimidad de las personas, sólo puede tener acceso la Corporación, sin embargo, debemos de distinguir²⁰ entre Registro de Actividades Económicas a efectos de una posible incompatibilidad del art. 75.5 de la Ley de Bases del Régimen Local (modificada por Ley 9/1991 de 22 de marzo), que sí es público y cuyo acceso se encuentra regulado en los arts. 35 y 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y el Registro de Intereses, regulado en el mismo art. y arts. 30 a 32

¹⁸ P. 502.

¹⁹ L. MORELL OCAÑA, op. cit. p. 503.

²⁰ RIVERO ISERN, p. 107

del ROFRJEL, que exige un interés legal para el acceso al mismo y que debe de restringirse sólo a los miembros de la corporación²¹.

Ambos registros deben de renovarse cuando se modifiquen las circunstancias o cuando se cese por el concejal, su custodia corresponde al Secretario y a éste le incumbe informar cuanto antes a los concejales electos a los efectos de cumplir esta obligación por escrito antes de la toma de posesión.

La regulación del Registro de Intereses puede ser complementada por el Reglamento Orgánico de la Corporación o un acuerdo adoptado al efecto, por mayoría absoluta, así lo permite el art. 31 del ROFRJEL. No se comparte la opinión de Martínez Sánchez²² acerca de su posible regulación por Ordenanza, pues no es esta la finalidad de esta normativa reglamentaria (art. 84.1.a) LBRL.

B) La declaración de incompatibilidades

Valga aquí lo expresado anteriormente, además de que la LOREG en el art. 108.8 que para el acceso al cargo de concejal se es incompatible si se desempeñan determinados tipos de actividades o de nombramientos. En Libro de Registros de posibles actividades incompatibles se aplica analógicamente la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos 12/1995, de 11 de mayo.

La STC 331/1993 declaró inconstitucional el someter a un plazo, posterior a la toma de posesión, las anteriores declaraciones²³.

C) El mantenimiento de los derechos de una relación de empleo precedente

Otro requisito previo al comienzo del mandato es el mantenimiento de los derechos de una relación de empleo precedente a su consideración de concejal electo.

Aquí se debe de distinguir entre personal funcionario y personal laboral. Respecto al personal funcionario, el art. 74 de la Ley de Bases de Régimen Local, y 178.2.b.y 4. de la LOREG, distinguen, entre funcionario de la misma Corporación de la que se ha resultado concejal electo o si es de distinta administración²⁴. Si se es de la misma Corporación, cabe su inmediato nombramiento en la situación de servicios especiales²⁵. Si es de distinta administración, entra en juego la

²¹ En este sentido RIVERO ISERN, op. cit. p. 108.

²² A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ «La Organización y Funcionamiento Municipales», Ed. Comares, p. 97.

²³ Vid también la STS de 23 de Abril de 1993, Arz. 2737.

²⁴ L. MORELL OCAÑA, op. cit. p. 504.

cuestión que se plantea en el art. 75.4 de la Ley de Bases, ya que sólo en el caso en el que se desempeñen funciones con dedicación exclusiva, se entrará en servicios especiales en la administración de procedencia, en caso contrario, no. Este punto se desarrollará más adelante en los derechos económicos. En este caso, incide el criterio de la Ley de Incompatibilidades de imposibilitar el ejercicio simultáneo de dos cargos o puestos públicos con dedicación similar.

Respecto al personal laboral, el art. 42.6 del Estatuto de los Trabajadores, establece su declaración en excedencia forzosa.

No obstante lo anterior, los concejales que no estén en dedicación exclusiva podrán compatibilizar sus obligaciones laborales o funcionariales con las corporativas, permitiéndoseles el derecho a ausencia de su trabajo para el cumplimiento de las reuniones u obligaciones de su cargo (arts. 37.3 y 46.1 del Estatuto de los Trabajadores y art. 30.2 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Función Pública.). La determinación de cuales sean esta obligaciones está en el art. 75.4 de LRBR y el aspecto retributivo en el art. 74.1 del mismo texto legal reformado por la Ley 11/1999²⁶.

3.2. Características del derecho al mandato

Cumplimentados los requisitos anteriores, surge el derecho al mandato, cuyas características son las siguientes:

A) El mandato es representativo²⁷

El derecho del art. 23.2 corresponde a los representantes de los partidos elegidos no a los partidos, existe un vínculo directo entre electores y elegidos, no obstante ello tenemos un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas. El desarrollo legal del art. 23.2 en la LOREG parece que quiere, sin embargo, que el mecanismo representativo sea en grupo o vinculado al carácter del partido conforme al art. 6 de la Constitución. Sin embargo la doctrina del T.C. ha entendido que la acción mediadora del partido no condiciona el mandato una vez elegido²⁸.

²⁵ Vid en este sentido la STS de 10 de Junio de 1988, Arz. 4560 en la que se expresa que la trascendencia de esta causa de incompatibilidad en política y la frontal colisión de intereses que en la misma se produce desborda la de los demás funcionarios, haciendo que su solución deba ser taxativa.

²⁶ En este sentido la STC 287/1994 de 27 de Octubre.

²⁷ Conforme a la sentencia del T.C., Ss. 5/1983 y 10/1983.

²⁸ L. MORELL OCAÑA, op. cit. pp. 498 y ss.

En este sentido debería criticarse la jurisprudencia del T.C., pues el problema no es el mandato imperativo del electo en su actuación que obedezca a la dirección del partido o grupo político municipal, sino el problema se plantea cuando se pretende proseguir como cargo electo fuera o apartándose del grupo político en el que fue electo. A mi juicio no se incurriría en inconstitucionalidad con una modificación legal que vinculara de alguna manera la continuidad y plena disposición de los derechos en el cargo electo con la continuidad en la lista en el marco de la cual fue elegido, o alternatively la obligatoria adscripción a un Grupo municipal de «no inscritos» sin derecho a remuneración económica, máxime si se continúa con el sistema actual de listas cerradas y bloqueadas, (algún avance se ha producido en la STC 31/1993 de 26 de Enero²⁹). En todo caso los efectos perversos —el transfuguismo político— que ha ocasionado la inicial doctrina del T.C. podría animar a un cambio en su doctrina.

Recientemente se ha aprobado la reforma de aspectos esenciales del régimen local mediante la modificación de la LOREG por la Ley Orgánica 8/1999 (art. 1971.a), que en la nueva redacción permite que encabece la moción de censura constructiva como candidato a la Alcaldía, cualquier Concejal que lo haya aceptado expresamente, con lo que, no solo se ignora la jurisprudencia del TC (STC 31/1993) respecto a la perversión que supone el que sea candidato a Alcalde, un Concejal que haya cambiado de grupo político por el que compareció ante el electorado, sino que se potencia el fenómeno del transfuguismo ya que no se exige ni siquiera que sea firmante de la Moción de Censura.

B) Carácter voluntario del mandato

Ello significa que se necesita una renuncia expresa para operar la sustitución del art. 182 de la LOREG. No es posible aplicar en estos casos la renuncia tácita por no asistencia a las sesiones.

C) El mandato es gratuito

En el art. 75.1 de la Ley de Bases de Régimen Local la condición de miembro, en sentido estricto, de las Corporaciones Locales tiene carácter gratuito y sólo es posible la indemnización de los perjuicios y gastos ocasionados por asistencia a órganos colegiados, cuando se adquiere un plus de representación por su integración en los órganos de gobierno.

²⁹ Vid Comentario a esta sentencia de J.F. LÓPEZ AGUILAR en *Actualidad Aranzadi* n° 100 de 1993.

Hasta ahora solo por nombramiento como teniente alcalde, concejal delegado y estos cargos se desempeñaban con dedicación exclusiva, se podía hablar de remuneración periódica en su devengo y fija en su cuantía al denominarse *retribuciones*. Sin embargo de acuerdo con la modificación de la LRBRL operada por la Ley 11/1999 de 21 de abril, pasa a retribuirse, con el solo límite de lo previsto en la legislación de incompatibilidades, también la dedicación *parcial* al cargo electo. Esta innovación legislativa tiene una doble lectura, si bien por un lado la flexibilización operada introduce un elemento de confusión al equiparar dedicaciones al cargo político de muy distinta intensidad y sobre todo responsabilidad. El espíritu de la Ley es retribuir «*el ejercicio del cargo*» lo que implica que, a partir de la reforma habrá de evaluarse la intensidad de la responsabilidad parcialmente asumida. Pero por otro lado puede significar una incentivación para la participación política de empresarios, comerciantes y profesionales liberales, que no se verán impelidos al abandono de sus medios de vida para asumir responsabilidades como cargos electos, lo que contribuirá a la desprofesionalización de la función política y las facilidades que para la dedicación de conceden a funcionarios o personal asalariado.

D) Es característico del mandato su temporalidad.

Conforme al art. 194 de la LOREG, al que remiten el art. 73 y el art. 6 del ROFRJEL el mandato es de cuatro años a partir de la elección. Lo cual, y hasta la toma de posesión de la nueva corporación, sólo se está en funciones de gestión ordinaria para garantizar la continuidad de la dirección política.

4. Los derechos y deberes durante el mandato

Estos derechos los podemos dividir entre derechos políticos y derechos económicos.

Derechos políticos

4.1. Derecho a los honores y prerrogativas inherentes al cargo

Conforme a lo previsto en el art. 73.2 de la Ley de Bases, 19 y 27 del TRRL y 11 y 34 del ROFRJEL, que a su vez remite al desarrollo legislativo de las comunidades autónomas, este derecho se subdivide en:

- 1) derecho a las insignias, condecoraciones y medallas reconocidas para los miembros de la corporación,
- 2) el derecho al tratamiento y

3) la consideración de autoridad a los efectos penales. —Conviene que nos detengamos en este punto. La delimitación de los conceptos de autoridad y funcionario público. *Según el artículo 24.1 del vigente Código Penal*, «a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal».

Este artículo mantiene la tradicional referencia a los que *«por sí solos o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado»* tengan mando o ejerzan jurisdicción propia, a los que se asimila a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Pretender ofrecer una relación exhaustiva de todos los que tienen esa condición de Autoridad es tarea excesivamente prolija, y por eso es preciso tomar en su correcto significado las ideas de tenencia, individual o colegiada, de *«mando»* o *«jurisdicción propia»*, condición que se podría definir como la capacidad que tiene una persona o un órgano colegiado de ejecutar una potestad pública, ejecutiva o judicial, por sí mismo en un ámbito competencial objetivo y territorial, y no la tienen, en cambio, todos aquellos funcionarios que ejecuten la actividad de la Administración Pública o de Justicia pero sólo materializando la potestad del superior.

En cuanto al concepto de funcionario público, *«se considerará tal todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas»* (artículo 24.2 del Código Penal de 1.995).

El Código Penal, por tanto, utiliza un concepto de funcionario más amplio, o mejor, diferente del que es válido para el Derecho Administrativo, según afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1.991 (RJ 1.991, 6.627), y ello se aprecia desde el mismo uso de la expresión *«se considerará funcionario público»* y no la de *«son funcionarios públicos»*. Significa esto que algunos de los sujetos que pueden cometer *«delitos de funcionario»* no tienen la condición de tales para el derecho de la función pública, y un ejemplo paradigmático sería el delito de malversación impropia del artículo 435 del vigente Código Penal. Por lo tanto, el real alcance del concepto de funcionario en lo penal no puede deducirse de ese derecho, sino de la combinación o suma de criterios, visibles en el Código Penal y que la doctrina y la jurisprudencia resumen en las ideas de servicio de los entes y organismos públicos, sometimiento de la actividad al control del Derecho Administrativo y orientación a las finalidades constitucionalmente propias de la Administración Pública. Se trata pues de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de ciertos bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcio-

nario y autoridad conforme a unas funciones y metas propias del Derecho Penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del Derecho Constitucional y el Administrativo (en este sentido es muy importante, por su extenso análisis, la S.del T.S. de 8 de octubre de 1.990 —RJ 1.990, 7.916—).

4.2. *Derecho determinados nombramientos y funciones delegadas*

Tras la tangencial e insuficiente referencia del art. 75.1 de la LRBRL a la posibilidad de desempeño de cargos políticos de responsabilidad, sobre el de Concejal, pero desde la perspectiva económica y de incompatibilidades El ROFRJEL, en sus arts. 43 a 48 establece las posibles atribuciones a los concejales como *tenientes de alcalde o concejales delegados*.

Estos nombramientos a los que se tiene derecho se pueden sistematizar en lo siguiente:

4.2.1. Derecho al nombramiento como teniente de alcalde o vicepresidente

Conforme a los art. 21.2 de la LRBRL, art. 22 del Texto Refundido y 23 del mismo texto, así como 46 del ROFRJEL y, tienen derecho al nombramiento como tenientes de alcalde los concejales que sean miembros de la Comisión de Gobierno, aunque esto debe de modularse con la discrecionalidad del Alcalde, en virtud del principio de confianza legítima que otorga al alcalde la potestad de elegir libremente a sus tenientes de alcalde, dando idea que son colaboradores más íntimos de la alcaldía, los colaboradores de su gobierno. Si los nombra antes de constituir la Comisión de Gobierno, deberán de integrarse en ésta y si es después, sólo podrá nombrarlos entre los miembros de la Comisión, luego si quiere nombrar a un Concejal de fuera de este órgano deberá antes nombrarlo miembro del mismo. El orden de suplencia de los tenientes de alcalde también lo decide al Alcalde, siendo su cese, por tanto, libre. Nada se dice respecto a la aceptación de los nombrados, pero si cabe la renuncia expresa, conforme al art. 46.3 del ROFRJEL también parece que debe existir una aceptación. Este derecho a ser nombrado podría convertirse en un deber. El número máximo de concejales que pueden ser nombrados tenientes de alcalde es un tercio de la corporación. Y su misión, al ser órgano necesario, de sustitución del alcalde, puede convertirse, como se decía antes, en una obligación de aceptar uno o varios tenientes de alcalde el nombramiento conforme al art. 20.1 a) de la Ley de Bases. Sus funciones están detalladas en el art. 23.3. y 76 de la Ley de Bases, 47 y 48 del ROFRJEL y 21 del Texto Refundido, y esencialmente consiste en sustituir al Alcalde, aunque más que de una sustitución estamos ante una suplencia, que se produce, cuando la Alcaldía se encuentre vacante ya sea por ausencia temporal por enfermedad, vacaciones o viaje del titular del cargo. En este aspecto el ROFRJEL distingue entre ausencia del Alcalde por más de 24 horas o por menos de 24 horas, en este segundo caso no

hay suplencia de funciones , salvo delegación expresa. Si es por más de 24 horas el teniente de alcalde sustituto o suplente la totalidad de las funciones, salvo mecanismo de delegación expresa³⁰. En este sentido Boig Reix³¹ matiza que se ha producido un exceso en el ROFRJEL respecto a lo que establece la Ley de Bases.

4.2.3. Derecho a ser miembro de la Comisión de Gobierno.

4.2.4. Derecho a ser miembro de órganos de gestión desconcentrada, juntas de distrito, consejos sectoriales, juntas de barrio y otros que prevea la legislación autonómica.

4.2.5. Derecho a ser vocal en representación del municipio, mancomunidades u otras entidades de las que forme parte la corporación.

4.2.6. Derecho a ser representante del municipio en sociedades mercantiles de capital enteramente municipal o mixto o externas a la corporación en las que deba estar representada. Aquí se debe citar la polémica sobre el derecho a la representación proporcional de los grupos políticos municipales en estos nombramientos.

4.2.7. Derecho al ejercicio de funciones delegadas.

Centrándonos en esta última, el ejercicio de funciones delegadas, puede ser de tres tipos:

4.2.8. delegaciones de área, que a su vez se puede dividir entre delegaciones de área con funciones de dictar actos administrativos de carácter resolutorio o delegaciones de área sin funciones resolutorias.

4.2.9. delegaciones especiales, configuradas como aquellas para un servicio incluido en una más genérica área, asunto o expediente o proyecto determinado. En esta no cabe capacidad para dictar actos resolutorios sino cuando se trate de asuntos o proyectos determinados que también podrá ser temporal. (art. 43.4 ROFRJEL).

³⁰ A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ , op. cit. p. 72 entiende que existe en el ROFRJEL un exceso de desarrollo en el ROFRJEL respecto a la LRBRL.

³¹ op. cit. p. 72.

También cabe este tipo de delegaciones con un ámbito territorial , para un distrito o barrio del término municipal. En este caso el concejal delegado podrá asumir todas las facultades delegables del Alcalde.

4.2.10. Concepto de delegación

En la teoría de la organización político-administrativa la delegación de funciones de gobierno y administrativas³², pretende la agilización de la gestión político-administrativa y la desconcentración del Alcalde en sus concejales de máxima confianza de alguna de sus competencias. El art. 13 de la Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas 30/1992 establece que la delegación interorgánica tiene su fundamento en la relación de confianza entre el Alcalde y los concejales de su lista electoral o coaligados, en base al principio de confianza legítima³³. Se puede delegar en los concejales, en su condición de tenientes de alcalde o de concejales delegados, pudiendo asumirse por estos sólo las competencias que ostente el Alcalde, en virtud de los arts. 21 de la LBRL y 41 del ROFRJEL, no siendo delegables las competencias a las que se refiere el art. 21.3 de la Ley de Bases y del 71 de la misma Ley.

4.2.11. Clases de delegación

Pueden ser, por áreas, de áreas de gestión o específicas. Las de áreas de gestión pueden tener facultades decisorias o sin facultades decisorias de actos administrativos o resolución de expedientes. La delimitación de las áreas de gestión se producen previo acuerdo plenario o según tenga establecido en el Reglamento Orgánico, art. 45 del ROFRJEL. Las delegaciones especiales, a su vez se pueden dividir entre las que se establecen para un proyecto o asunto determinado, b) para un distrito o barrio y c) para determinados servicios específicos dentro de un área.

La formalización de la delegación se produce por Decreto de la Alcaldía, en el cual se deberá redactar pormenorizadamente su ámbito y facultades, debiendo expresarse en dicho Decreto su relación con otros concejales delegados de áreas, si los hubiere, y con los que son objeto de delegación especial estableciéndose los

³² Vid A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ «La organización y el funcionamiento municipales», Edt. Comares .p. 63 y ss. en especial 68 y ss.).

³³ Para A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, op. cit. p. 68: en un ayuntamiento sólo un tercio gobierna y el resto, los dos tercios restantes, o aprueban y apoyan lo que el gobierno local dice, o controlan y fiscalizan como oposición.

mecanismos de coordinación, superioridad y cooperación necesarios. Es preciso la expresa acepción por parte del Concejal Delegado y publicación en el Boletín Oficial de la Provincia.

4.3 Derecho/Deber de asistencia a las sesiones de los órganos municipales

La asistencia a las sesiones se configura como un elemento imprescindible, del derecho fundamental a la participación política de cargo electo democráticamente. Es un derecho inherente a la legitimación democrática que se ostenta, Para Morell Ocaña³⁴, es el derecho a participar en la formación de la voluntad del Pleno Corporativo, esto es, del Gobierno Local. Es un derecho de doble valencia, porque al mismo tiempo también es un deber, conforme a los arts. 46, 47 y 68 de la Ley de Bases y 12 del ROFRJEL, se le exige al cargo local electo también, bajo apercibimiento de sanción corporativa la asistencia a los órganos municipales de los que forme parte. Siguiendo la sistemática adoptada por la doctrina se puede desarrollar en³⁵:

- en derecho a ser convocado, art. 80 del ROFRJEL,
- derecho a conocer el orden del día, art. 80 del ROFRJEL,
- derecho a disponer de expedientes y documentos, art. 14 y 16 del ROFRJEL,
- derecho a solicitar convocatorias de sesiones extraordinarias, art. 78 del ROFRJEL,
- derecho a ocupar un escaño de la Sala, art. 81 del ROFRJEL,
- derecho a solicitar que un asunto quede sobre la mesa, art. 92 del ROFRJEL,
- derecho a intervenir en los debates,

Desde la perspectiva del deber regulado en el art. 72 del TRRL se concreta en la obligación de comunicar las ausencias que pueden implicar su inasistencia a las sesiones, (art. 72.2 del Texto Refundido y 12.2. del ROFRJEL) y la posibilidad de serle impuesta sanciones por la inasistencia, art. 51 del Texto refundido y 18 del ROFRJEL. Las excepciones a este derecho y deber de asistencia son la abstención y la recusación reguladas con carácter general en la Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas, y art. 76 de la LRBRL y 183 a 185 del ROFRJEL. El

³⁴ Op. cit. p. 511

³⁵ *El Consultor*, p. 123 En el mismo sentido BALLESTEROS, p. 136, o NASARRE, p. 70 desarrollan el contenido de este derecho o deber.

derecho/deber de asistencia se debe de extender no sólo a los órganos necesarios de la Corporación, como puede ser el Pleno, o Comisión de Gobierno si forma parte, sino a cualquier órgano para el que haya sido nombrado en la Corporación con carácter complementario como el caso de las Comisiones Informativas, regulándose en el art. 125 del ROFRJEL las suplencias de la asistencia a estos órganos³⁶.

4.4. *Derecho a ejercer el control y fiscalización de la mayoría de gobierno municipal*³⁷

Aquí se contienen un conjunto de derechos políticos que, en el caso de los concejales que apoyan al gobierno municipal, conduce a garantizar su estatus de cargo electo no sujeto a mandato imperativo, aunque a quienes realmente garantiza sus derechos a ejercer el cargo y controlar y fiscalizar el gobierno municipal es a los concejales de la oposición política a la mayoría de gobierno.

4.4.1. Derecho a la información

A) *Concepto del derecho de acceso a la información de los ciudadanos en general*

Según el art. 105.b) de la Constitución, la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 8 de junio de 1.981, ha tenido ocasión de declarar que la reserva de Ley que efectúa el art. 105 referido no tiene el significado de diferir los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que, en todo caso, sus principios son de aplicación inmediata.

El art. 23.1 de nuestra norma fundamental establece que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, *directamente* o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

El art. 35 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen

³⁶ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, op .cit. p. 74 y 75

³⁷ Se denomina mayoría de gobierno municipal, al Alcalde y el grupo de concejales que lo apoyan, pues Gobierno Local, con mayúsculas son todos los Concejales que forman la Corporación.

los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos; ... h) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes. El art. 37.1 de la misma Ley establece que los ciudadanos tienen, asimismo, derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

El art. 156 de la Ley 14/1.990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, dispone: «*Constituyen derechos de todo ciudadano: b) El acceso a los expedientes y documentos municipales que les afecten personalmente o en los que estén interesados, siempre que no se vulnere el derecho de terceros. c) Obtener copias y certificaciones del Ayuntamiento, con la salvedad anteriormente señalada.*».

De acuerdo con el art. 70.3 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones Locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, letra b) de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada.

B) *Requisitos de ejercicio del derecho*

Según el art. 230.4 del ROFRJEL, la peticiones de información deberán ser razonadas, salvo que se refieran a la obtención de certificaciones de acuerdos o resoluciones que, en todo caso, podrán ser obtenidas mediante el abono de la tasa correspondiente.

C) *Límites sustanciales*

Los motivos de denegación de acceso a la información deben limitarse a los supuestos contemplados en los arts. 105.b) de la Constitución, 70.3 de la Ley 7/1.985 y 37.2 y 3 de la Ley 30/1.992, esto es, seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos e intimidad de las personas y datos insertos en procedimientos sancionadores o disciplinarios, sin perjuicio de extender la limitación hecha a la intimidad de las personas a los derechos reconocidos en el art. 18 —al honor y propia imagen—, criterio que siguen los arts. 149.3.a) de la Ley Municipal

de Régimen Local de Cataluña y 88 del Real Decreto 2.568/1.986 (respecto a la posibilidad de declarar secreto el debate y votación), dado que los derechos son ejercitables dentro de los límites en que su ejercicio no interfiera otro derecho (STS Arz. de 8 de noviembre de 1.988).

El acceso a los documentos de carácter nominativo que no incluyan datos relativos a la intimidad de las personas podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, de acuerdo con el art. 37.3 de la Ley 30/1.992. El art. 37.4 de la Ley 30/1.992 mencionada establece que el acceso a la información podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente (la Alcaldía, según veremos más adelante) dictar resolución motivada.

D) Concepto del derecho cualificado de acceso a la información de los miembros de la Corporación para el desarrollo de su función:

El art. 77 de la Ley 7/1.985 dispone que todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno, cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. El art. 14.1 del R.D. 2.568/1.986 se expresa en los mismos términos.

Del texto del art. 14.2 y 3 del ROFRJEL se deduce que dicha información debe solicitarse por escrito del Alcalde, puesto que opera el silencio administrativo positivo en caso de que el Presidente no resuelva en término de cinco días a contar desde la fecha de solicitud y la denegación debe ser motivada. Por tanto, quedan excluidos los funcionarios y los servicios administrativos locales para facilitar información directa, pues existe reserva competencial a favor del Alcalde.

No obstante, existe una excepción a este régimen general, contenida en el art. 15 del ROFRJEL, según el cual, sin necesidad de que el miembro de la Corporación acredite estar autorizado, los funcionarios y los servicios administrativos locales están obligados a facilitar directamente la información a los miembros de la Corporación.

Esta excepción contiene tres apartados:

- Por razón de la persona. Aquellos miembros de la Corporación que ostenten *delegaciones o responsabilidades de gestión* tienen derecho a *información directa*.

- Por razón de pertenecer a órganos colegiados o de acuerdos ya adoptados. Los miembros de la Corporación tendrán derecho a la información y documentación de los *asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados* de que formen parte. Asimismo tienen derecho a *información directa* de las *resoluciones o acuerdos* de cualquier órgano municipal, *una vez adoptados*.

- Por razón de la materia. Para todo el resto de materias, los Concejales, en el ejercicio de su derecho, se equiparan a los ciudadanos que ostentan el derecho de información de libre acceso, en los términos de los arts. 230 y 231 del R.D. 2.568/1.986, con la única distinción de que opera el silencio administrativo positivo en el término de cinco días a contar desde la fecha de la solicitud por escrito (art. 14.2 del ROFRJEL).

La doctrina del T.C. en la delimitación de este derecho en STC de 20 de septiembre de 1.988, /1988 referida expresamente al derecho de información de los cargos públicos, lo configura como *. derecho instrumental para el ejercicio de sus funciones, título específico para el desempeño del cargo; derecho individual a recabar, en la forma y con los requisitos que se establecen, información a la Administración, derecho que por venir integrado en el estatus propio del cargo está inserto y forma parte del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 de la Constitución, y como tal no puede quedar sujeto a un control de oportunidad de la Administración sobre conveniencia o inconveniencia*. El T.C. afirma que *la denegación de información en consideración a que «su admisión podría llevar a una posible obstrucción de la labor de la Administración y en algunos supuestos se afectará a la intimidad de las personas» es infundada respecto a lo primero porque se trata de un control de oportunidad de la Administración que va más allá de su facultad de verificación formal, y respecto a lo segundo considera que el mero riesgo sin concretar no puede fundamentar la negativa y ello sin perjuicio del deber de la Administración de respetar las reglas que puedan tutelar, en cada caso, los derechos de terceros en la medida que resulten comprometidos en el asunto de que se trate*.

En la doctrina del Tribunal Supremo en STS de fecha 28 de septiembre de 1.987, ante una petición en que solicitaba que *«en lo sucesivo les sea permitido el acceso a cuantos antecedentes, datos e informes obren en poder de la Corporación sin imponer ninguna limitación ni tampoco condición que menoscabe de forma efectiva el pleno acceso a la documentación oficial del Ayuntamiento»*, estima *«que para obtener remedio jurisdiccional en el caso de que se les impida el ejercicio de tal derecho, se hace necesario que previamente se les haya negado ante peticiones concretas y determinadas y que el contenido de estas peticiones sea el que constituya el objeto del proceso, pues en otro caso éste se limitaría a prevenir eventuales agravios futuros o bien a enunciar contenidos propios de las normas jurídicas»*. El tema habrá de centrarse en determinar en cada caso si los datos solicitados son necesarios para la efectividad del ejercicio de sus funciones, debiendo individualizar en sus peticiones los documentos que se deseen consultar, concreción necesaria para saber si tienen acceso a ella por su condición y se solicitan y obtienen por el cauce adecuado.

E) *El sujeto activo*

De este derecho, son los Concejales, en su condición de miembros de la Corporación, precisando la información para el ejercicio de sus funciones tanto de control y fiscalización como para la toma de decisiones. El TS, fielmente al tenor del art. 77 («*cuantos*»), viene considerando como necesarios como necesarios para el ejercicio de sus funciones «*todos*» los antecedentes, datos e informes que obren en los servicios de la Corporación, al precisar conocer cómo se ha llevado a cabo la gestión de los intereses municipales para luego seleccionar aquéllos que puedan serles útiles al cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas (Sentencias de 27 de junio y de 7 de diciembre de 1.988). No se puede denegar dicho tipo de documentación por estimar que no se acredita interés en la misma. Así, la Sentencia de 7 de diciembre de 1.988 (que confirma la de la Audiencia Territorial de Burgos de 9 de mayo de 1.988), ante la negativa del Alcalde de facilitar la información del Registro de Intereses por no haberse acreditado el «interés legítimo directo» que exige el art. 32 del ROFRJEL para tener acceso al mismo, reconoce la legitimación de los Concejales por su propia cualidad, que les pone en una situación jurídica concreta, respecto a la solicitud formulada, y en cuanto a titulares de un derecho —el de información— e interés propio diferenciado del que puede tener cualquier ciudadano, para el cumplimiento de sus funciones legales de «control y decisorias», de modo que el interés que ostenta, aparte de ser legítimo, es directo —depende de que se le conceda la información que pueda ejercer sus funciones. La Sentencia de 27 de junio de 1.988 concluye que no puede denegarse el examen de un expediente aprobado por la Comisión de Gobierno, por no ser miembro de dicha Comisión y no ser responsable del acuerdo adoptado, ya que no se trata de depurar responsabilidad sino de ejercer su función de control de cómo se va llevando a cabo la gestión por los órganos responsables.

F) *El tiempo*

En que debe hacerse efectivo el ejercicio del derecho, según los artículos 46.2.b) de la Ley 7/1.985 y 84 del ROFRJEL, la documentación de los asuntos incluidos en el orden del día deberá estar a disposición de los Concejales desde el mismo día de la convocatoria en la Secretaría de la Corporación. Se impone dicha obligación para que los miembros corporativos puedan tener conocimiento previo de las materias sobre las que hayan de decidir, y puedan hacerlo con pleno conocimiento de causa, lo que está en conexión con los plazos de la convocatoria. Según la STS de 5 de enero de 1.988, el incumplimiento de dicha exigencia es causa de nulidad de pleno derecho, por haberse producido prescindiendo de una regla esencial para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (art. 62.1.e) de la Ley 30/1.992). Respecto al resto de la documentación no se estable-

ce plazo alguno en que deba facilitarse, si bien, según la STS de 8 de noviembre de 1.988, no ha de serles facilitada necesariamente en bloque, de forma que produzca efectos paralizadores para la Administración, sino que puede ofrecerse paulatina y progresivamente, aunque debe advertirse que una dilatación excesiva vulneraría el derecho de participación si impide o dificulta excesivamente su función, por impedir adoptar algún acuerdo por paso del plazo para ello.

G) *Los Límites*

El art. 16 del ROFRJEL se expresa en los siguientes términos:

1. La consulta y examen concreto de los expedientes, libros y documentación en general se regirá por las siguientes normas:

a) *la consulta general de cualquier expediente o antecedente documentales podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de copia al miembro de la Corporación interesado para que pueda examinarlos en el despacho o salas reservadas a los miembros de la Corporación. El libramiento de copias se limitará a los casos citados de acceso libre de los Concejales a la información y a los casos en que ello sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno.*

b) *En ningún caso los expedientes, libros o documentación podrán salir de la Casa Consistorial o Palacio Provincial, o de las correspondientes dependencias y oficinas locales.*

c) *La consulta de los libros de actas y los libros de resoluciones del Presidente deberá efectuarse en el archivo o en la Secretaría General.*

d) *El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar en que se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria.*

2. En el supuesto de entrega previsto en el apartado a) del número anterior, y a efectos del oportuno control administrativo, el interesado deberá firmar un acuse de recibo y tendrá la obligación de devolver el expediente o documentación en un término de máximo de cuarenta y ocho horas, o antes, en función de las necesidades del trámite del expediente en cuestión.

3. Los miembros de la Corporación tienen el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la repro-

ducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio.

La Resolución de la Dirección General de Administración Local de 27 de enero de 1.987, que contiene la interpretación de los redactores del ROFRJEL en cuanto al derecho de acceso a la información de los Concejales, establece en su punto 8: «a) *El acceso directo a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por órganos colegiados (artículo 15.b) debe ser posible desde el momento en que dicha información y documentación obre en poder de la Secretaría del órgano correspondiente, conforme a un criterio análogo al contemplado en el art. 84 del propio RD, pero no tiene por qué hacerse extensivo a fases anteriores de tramitación de los asuntos o expedientes.* b) *La obligación de los servicios administrativos de la Corporación, en los casos del art. 15, de facilitar la información requerida por cualquier miembro de la Corporación, se entiende sin perjuicio de las normas u órdenes de funcionamiento interno de dichos servicios que haya podido establecer el Alcalde o Presidente como Director de la Administración de la Entidad Local y Jefe Superior de todo su personal, o por aquellos miembros de la Corporación que ostenten delegaciones en estos ámbitos». Por tanto no pueden los funcionarios asumir la competencia de información directa, que está reservada a la Alcaldía, salvo que se dicten normas concretas en el correspondiente Reglamento Orgánico (que puede, según la Resolución antes mencionada, regular de forma distinta al ROFRJEL el estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales, aunque sólo en cuanto a los preceptos que no son reproducción de normas legales) o la propia Alcaldía adopte posiciones concretas sobre el ejercicio de la competencia que le atribuye directamente la Ley. Aunque en nuestra opinión dicha Instrucción es ilegal y no vinculante para las administraciones locales teniendo únicamente una categoría de instrucción interna de la administración del Estado³⁸, ya en el derecho que nos ocupa, tal Resolución restringe todavía más su ejercicio*

H) *Tutela jurídica del derecho examinado*

- La vía contencioso-administrativa:

La vulneración del derecho examinado, según JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO³⁹, puede adoptar, entre otras, las siguientes modalidades:

³⁸ En este mismo sentido véase F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho Local*, y NASARRE, ob. cit. p. 76.

³⁹ Vid *El Consultor*.

- La obstaculización aislada o sistemática del acceso de los Concejales a la información municipal, por parte del Alcalde o de la Comisión de Gobierno.

- Las Resoluciones o Decretos de la Alcaldía y los acuerdos de la Comisión de Gobierno que sin motivación deniegan el derecho en cuestión.

- Las Resoluciones o Decretos de la Alcaldía dirigidas al personal de los servicios administrativos locales destinados a limitar o excluir la facultad de los Concejales de tomar conocimiento de los documentos e informaciones de interés municipal a las que puedan acceder libremente.

Contra estos actos y resoluciones, es posible recurrir en sede contencioso-administrativa, a través de dos cauces procedimentales:

1º. Por una parte, se puede interponer dicho recurso de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1.956, dado que los actos y resoluciones puestos de manifiesto ponen fin a la vía administrativa (art. 52.2.a) de la Ley 7/1.985).

2º. Según las SsTS de 27 de junio y 7 de diciembre de 1.988, 2 y 26 de junio y 3 de julio de 1.995, se puede entablar recurso contencioso-administrativo por los trámites de la Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, en virtud de lo dispuesto en el apartado primero de su art. 6, a cuyo tenor: «Contra los actos de la Administración Pública, sujetos a Derecho Administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el art. 1.2 de esta Ley, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas en la presente sección».

- La sanción penal:

Hoy en día, según JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO, se puede afirmar la existencia de una incipiente jurisprudencia emanada de la Sala de lo Penal (Sala 2ª) del Tribunal Supremo que admite la posibilidad de imponer una sanción penal al Alcalde que vulnere en determinadas condiciones aquel derecho (SsTS de 8 de febrero de 1.993 y 22 de enero de 1.996).

Sería de aplicación el tipo penal regulado en el art. 194 del anterior Código Penal (de 1.973), del siguiente tenor literal: «Incurrirá en pena de inhabilitación especial la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes». Los derechos cívicos, como bien jurídico protegido, se circunscriben a los derechos políticos de participación en la vida pública, según la STS de 22 de diciembre de 1.992, la Fiscalía General del Estado, en su Consulta nº 4/1.989.

Con el vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, el art. 542 regula el tipo penal en los siguientes términos: «*Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes*». Por tanto, únicamente se ha operado un cambio relativo a la exigencia expresa de un elemento subjetivo de lo injusto («a sabiendas»), que revela la necesidad de comisión dolosa del delito.

Recapitulando podemos establecer 3 niveles del derecho de acceso a la información:

Un primer derecho de carácter general, limitado por la reserva de datos personales que afecten a la intimidad de las personas. La información debe solicitarse y su denegación ha de ser motivada. Si con estas solicitudes se entorpece el normal funcionamiento de los servicios, su facilitación puede demorarse. Ciertas materias (seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos e intimidad de las personas y datos insertos en procedimientos sancionadores o disciplinarios y relativos al honor y propia imagen de las personas) se excluyen de este derecho.

Un segundo derecho más amplio, que corresponde a los interesados (art. 31 Ley 30/92 de RJAPYPAC) en un expediente o a los Concejales en el ejercicio de su función. Es preciso solicitar la autorización, pero no cabe la denegación de la información que no se funde en ser la información solicitada ajena a la razón en que se pretenda amparar el solicitante o en no existir tal información.

Un derecho de acceso directo a la información relativa a la responsabilidad que se ostenta o a los asuntos que se vayan a votar por los órganos de que se forme parte. No se precisa autorización, pues resultaría absurdo que un Concejal pueda llegar a una sesión del Pleno o de una Comisión sin haber podido examinar los antecedentes, pues ello privaría de efectividad al funcionamiento democrático de la institución.

En definitiva, se trata de conjugar la transparencia de la Administración y la posibilidad de sus Registros con el derecho a la intimidad de las personas y el principio de eficacia.

La vulneración de tal derecho por la Alcaldía o los miembros de la Comisión de Gobierno, realizada consciente y voluntariamente, de forma aislada o reiterada, puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento ordinario de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o de denuncia o querrela en vía penal, por incurrir en el delito tipificado en el art. 542 del vigente Código Penal.

Es el derecho esencial para el ejercicio de la función política encomendada a los concejales, sean del partido lista que ostente la alcaldía, y el gobierno munici-

pal o sean para el ejercicio de la oposición, en este caso se ha de ser más exquisito con su respeto si cabe. Regulado en los arts. 23 y 105 de la Constitución, se desarrolla con carácter general en el art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en los arts. 46.2.b); 70,3 y 77 de la LRBRL y 14 a 16 del ROFRJEL. Se puede hacer una interpretación política o administrativa de este derecho, tradicionalmente la doctrina que se ha ocupado hasta la fecha del tema ha hecho una interpretación restrictiva y más preocupada por la ordenación y burocratización del ejercicio de un derecho político que la interpretación del mismo en clave de ejercicio de un derecho fundamental. En todo caso su ejercicio por los concejales electos ha de ser siempre superior al mínimo común de los ciudadanos previsto en el art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, 70.3 de la LRBRL y 207 a 230 del ROFRJEL⁴⁰.

La instrumentalización procedimental de ejercicio de este derecho fundamental, ha sido regulada de una manera excesivamente restrictiva y burocratista en el ROFRJEL (art. 14), exigiendo a los concejales la petición al Alcalde por escrito de dicha información, estableciéndose, por el contrario un silencio administrativo positivo de cinco días⁴¹.

Se distingue en el ROFRJEL entre acceso libre a la información y acceso tasado. El acceso libre puede ser

- por razón del *sujeto* todos los concejales delegados de la información propia de sus áreas,

- por razón del *objeto* a cualquier expediente que haya de ser tratado en un órgano colegiado del que forme parte el concejal que lo pida, sean comisiones informativas, comisión de gobierno, comisión especial, patronatos municipales, juntas, consejos de administración o dirección de cualquier organismo autónomo o empresa municipal⁴². Así como resoluciones de la alcaldía o concejales delegados que tengan carácter de acto administrativo y el contenido de cualquier expediente de acceso libre para los ciudadanos que no estén sometidos a la protección del derecho a la intimidad en los arts. 35 y 37 de la Ley de Régimen Jurídico.

El Lugar y forma de ejercicio del derecho se describe pormenorizadamente en el art. 16 del ROFRJEL.

⁴⁰ En este sentido NASARRE op. cit., p. 73.

⁴¹ Véase STS de 9-12-1995, Arz. 1995\9252.

⁴² Véase STS Arz. 1995\1671 de 5-2-1995 También las STS Arz 1994\10459 de 27-12-1994. Arz. 1993\9040 de 24-11-1993. Arz. 1993\9040 de 24-11-1993.

El objeto del derecho, conforme al art. 230 ROFRJEL, son todos los expedientes terminados, todos los antecedentes documentales de resoluciones de este órgano unipersonales y todos los expedientes en tramitación que no sean de acceso tasado por incurrir el derecho a la intimidad.

Como expresan Morell y Nasarre⁴³ la regulación del ROFRJEL es tan restrictiva, hacen que el concejal de la oposición sea siempre un extraño en la organización administrativa local. En este sentido, el derecho a la información de los miembros electos de las entidades locales y la interpretación que aquí se preconiza⁴⁴, es que los miembros electos de las entidades locales tengan acceso directo a cuantos documentos o archivos obren en las mismas, sin ningún tipo de autorización previa y solo se restrinja los casos de denegación a los casos en que el conocimiento o la difusión de la información pudiera vulnerar el derecho constitucional al honor en que una persona o familiar a la propia imagen o cuando se trate de materias afectadas por la legislación general sobre secretos oficiales o secretos sumariales. Este es el espíritu de la Carta Europea de la Autonomía Local, en el apartado 1º del art. 7, que dispone que el estatuto de los representantes locales debe de asegurar el libre ejercicio de su mandato.

Nasarre opina desde su experiencia como secretario que en las corporaciones donde se gobierna con mayoría absoluta, o colaciones con pacto de legislatura, el partido o grupo político que ostenta la Alcaldía y la Comisión de Gobierno puede tener la tentación de emplear de manera restrictiva la información que posee del funcionamiento corporativo, confundiendo lo que significa gobierno municipal con corporación democrática municipal, confundiendo la presidencia con el ayuntamiento y en suma la parte con el todo, olvidándose que existen concejales tan electos democráticamente como ellos, que en sus atribuciones más importantes tienen la de hacer la oposición política, es decir, la del control y fiscalización de los órganos de gobierno⁴⁵.

Este enfoque proviene de la redacción de la Ley de Bases, de carácter presidencialista, que atribuye al presidente y su comisión de gobierno funciones paralelas de «poder ejecutivo local» al Presidente del Gobierno y Consejo de Ministros, o Presidente de la Comunidad Autónoma y Consejo de Gobierno de la misma, equiparando al Pleno los Parlamentos. Con el fin de configurar un poder ejecutivo local con competencias suficientes para evitar el asamblearismo paralizante de la gestión ordinaria de los servicios públicos locales. Partiendo de un acuerdo con el autor citado, acerca que en el nivel político-administrativo local,

⁴³ L. MORELL OCAÑA, op. cit. p. 510 y NASARRE ALISTRUEY, op. cit. pp. 75 y 76.

⁴⁴ La Ley de Administración Local Navarra, en su art. 76.1, establece.

⁴⁵ NASARRE, op. cit. p. 77.

el paralelismo con los poderes ejecutivos y legislativo de los niveles territoriales políticos superiores, no debe ser mecánicamente exacto, puesto que el Pleno de la corporación, si bien es órgano de elección democrática directa y con potestades normativas y de control; también tiene funciones administrativas de aprobación de actos de gobierno, además de no tratarse de instituciones distintas el Pleno, la Alcaldía y la Comisión de Gobierno. Sin embargo, sí convendría deslindar claramente la actividad política de los órganos de la administración local de la actividad administrativa. Hacerlo así y considerar que el derecho a la información para el ejercicio de la función política corresponde a los concejales, es parte del derecho fundamental del art. 23 hubiera conllevado una regulación más respetuosa con el mismo⁴⁶.

4.4.2. Otros supuestos del derecho a la oposición política y a controlar y fiscalizar los órganos de gobierno

Dicho control y fiscalización de los órganos de gobierno le corresponde al Pleno según la LRBRL, arts. 22.2.a y 33.2.e. por lo que la actuación de cada uno de sus concejales debe ir a encaminar a este control. La formas de ejercicio de este control pueden ser las siguientes:

- Solicitar del Pleno la presencia e informe al mismo de los concejales delegados por su presidente, art. 105 del ROFRJEL.
- Solicitar que comparezca en una comisión informativa, personal o miembros de la corporación, a efectos informativos del misma, debiendo realizar este requerimiento el presidente. art. 137 del ROFRJEL.
- Solicitar sesión extraordinaria para debatir la actuación de la Comisión de Gobierno, art. 106 del ROFRJEL.
- Suscribir una moción de censura, arts. 197 y 207 de la LOREG, constituyendo este el mecanismo máximo de control⁴⁷.
- Propiciar que el Alcalde se someta a una cuestión de confianza, por no haber logrado la aprobación por las mayorías legalmente exigidas de los presupuestos anuales, el reglamento orgánico, las ordenanzas fiscales o el instrumento de ordenación urbanística de ámbito municipal.

⁴⁶ STS Arz.1995\7366 STS de 18-10-1995.

⁴⁷ Véase a este respecto la reforma de este artículo operada por la Ley Orgánica 8/1999 de 21 de abril por la que se le otorga un carácter mas automático a la convocatoria y debate de la Moción de Censura, eliminando toda discrecionalidad e intervención en su tramitación del alcalde censurado.

- Solicitar que el Pleno o Comisión de Gobierno delibere sobre la urgencia acordada en un Pleno anterior de un asunto no dictaminado por comisión informativa, art. 126 del ROFRJEL. Esto es un freno a la utilización indebida del trámite de urgencia y un reforzamiento de la exigencia del dictamen de comisión.

- Formular ruegos y preguntas en el Pleno, así como presentar mociones, arts. 97.6 y 7 del ROFRJEL.

A) *Concepto de «ruego» y «pregunta»*

Ambos constituyen en la actualidad medios o instrumentos de control o fiscalización de la actividad de los órganos de gobierno, puestos a disposición de los miembros de las Asambleas representativas (Parlamentos estatal o autonómicos, o Ayuntamientos) con la finalidad de que dicha actividad se desenvuelva dentro de la legalidad y ética exigible.

Ruego es la formulación por parte de cualquier miembro de la Corporación o grupo político (a través de su Portavoz) de una propuesta de actuación dirigida a alguno de los órganos de gobierno municipal. Responde al principio de colaboración con las autoridades por los concejales electos.

Pregunta, en aplicación del principio y derecho de conocimiento o información, es cualquier cuestión planteada por un miembro de la Corporación o grupo político (a través de su Portavoz) a los órganos de gobierno en el seno del Pleno.

B) *Régimen Jurídico*

Los artículos 82.4 y 97.6 y 7 del ROFRJEL y los reglamentos del Congreso y del Senado por analogía.

C) *Sujetos*

Pueden plantear ruegos y preguntas todos los miembros de la Corporación o los grupos políticos a través de sus Portavoces.

D) *Objeto*

- *Ruegos*: Se trata de sugerir un tipo de actuación a alguno de los órganos de gobierno. Los ruegos pueden afectar a cualquier materia, actividad, gestión, que sea competencia municipal o afecte al desarrollo de la vida corporativa jurídica y política. Sólo pueden dirigirse a los órganos de gobierno, no al Secretario, al Interventor o a cualquier otro funcionario.

- *Preguntas*: Consiste en obtener una aclaración o información de los órganos de gobierno, sobre cualquier tema relativo a su actividad.

Órganos de gobierno son el Alcalde, los Tenientes de Alcalde, el Pleno y la Comisión de Gobierno (en los Municipios con población de derecho superior a 5.000 habitantes y, en los de menos, cuando así lo disponga su Reglamento Orgánico o así lo acuerde el Pleno de su Ayuntamiento), que, de acuerdo con los artículos 20 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, 61.2 de la Ley 14/1.990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, y 35.2 del ROFRJEL, son los órganos necesarios del Ayuntamiento, que es el órgano de gobierno y administración del Municipio (artículo 35.1 del ROFRJEL). Se deduce, por tanto, que los ruegos y preguntas sólo pueden ser dirigidos ante quienes asumen responsabilidades concretas y generales de gobierno, y, en consecuencia, también a los Concejales delegados (artículo 120.1 del ROFRJEL), pese a ser órganos complementarios de los entes locales municipales.

F) *Actividad a que dan lugar*

Los Ruegos Podrán presentarse antes de la celebración de la sesión, por escrito, o en la misma sesión, oralmente o por escrito. Podrán ser objeto de debate, pero en ningún caso sometidos a votación. El debate, generalmente se celebrará en la sesión siguiente, salvo que el Alcalde o Presidente estime conveniente que sea debatido en la misma sesión, y deberá desarrollarse de conformidad a lo dispuesto en el artículo 94 del ROFRJEL, en lo que sea de aplicación⁴⁸.

Las preguntas podrán ser formuladas antes de la celebración de la sesión, por escrito, o bien durante el desarrollo de la misma, oralmente o por escrito.

El tiempo y la forma de presentación determina el tratamiento de las contestaciones:

- Las preguntas orales, planteadas en la sesión, serán contestadas generalmente en la sesión siguiente, salvo que el preguntado quiera darle respuesta inmediata.

⁴⁸ «La finalidad de este debate será poner de manifiesto las opiniones de los diversos grupos políticos, en relación con la propuesta de actuación sugerida con el ruego y, en su consecuencia, orientar a su presentador acerca de la conveniencia o no, de formular una Moción en el próximo Pleno ordinario, al amparo de lo prevenido en el art. 91.4 del ROFRJEL o por otra vía diferente; aunque también cabe la posibilidad de que el debate provoque en el Ejecutivo municipal la voluntaria aceptación, total o parcial, del ruego. En este sentido, los ruegos tienen cierta afinidad con las llamadas «interpelaciones» parlamentarias, de las cuales se hace eco el art. 111.2 de la Constitución» («Los Ruegos y Preguntas como formas de control de los órganos de gobierno municipal», por S. IRANZO MARAGUAT, EC 1.325/1.989).

- Las preguntas formuladas por escrito durante la sesión, serán contestadas en la sesión siguiente, salvo que el preguntado quiera dar respuesta inmediata.

Las preguntas formuladas por escrito, con veinticuatro horas de antelación, serán objeto de contestación ordinariamente en la misma sesión, salvo que, por causas debidamente motivadas, se aplase aquélla hasta la siguiente⁴⁹.

G) *Otras cuestiones de interés*

a) Delimitación entre ruegos y preguntas y mociones de urgencia:

Ya hemos señalado que ni el ruego ni la pregunta pueden generar por sí acuerdo corporativo alguno. A veces, sin embargo, se confunde este trámite con el de la moción de urgencia, que es completamente distinto.

Si lo que se pretende es que la Corporación adopte un acuerdo sobre un asunto que no figura en el orden del día de la sesión ordinaria, el trámite a que ha de ajustarse es el propio del artículo 91.4 del ROFRJEL, y no el de un simple ruego o pregunta, como así lo reconoce el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala 4ª de 21 de diciembre de 1.982 (Arz. 8.057), cuando considera viciado de invalidez, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1.e) y g) de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el acuerdo adoptado en el turno de ruegos y preguntas, con infracción manifiesta del artículo 51 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, en aplicación de artículos, ya derogados, que eran equivalentes a los antes referidos.

b) Regulación de los ruegos y preguntas a través del Reglamento Orgánico Municipal:

⁴⁹ «En cuanto al número de ruegos y preguntas, y amplitud de los debates sobre ellos, las facultades moderadoras del Presidente son las que deberán regular la cuestión (de acuerdo con el artículo 94.1 del ROFRJEL), pasando de un tema a otro, aún no habiéndose agotado el anterior, o concluyendo este punto del Orden del Día sin escuchar todos, pues la flexibilidad democrática que debe aplicarse no se contradice con evitar la prolongación excesiva de la sesión. Si las cuestiones planteadas son de tanto interés, lo procedente será debatirlas en una próxima sesión, ordinaria o extraordinaria» («Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales», El Consultor de los Ayuntamientos, tomo I, p. 639, in fine).

El ROFRJEL sólo contempla los ruegos y preguntas que se formulan y contestan en el seno del Pleno Municipal, lo cual no impide que los Reglamentos Orgánicos (establecidos en el artículo 55 del T.R. de 1.986 y que se aprueban en uso de la potestad de autoorganización consagrada en el artículo 4.1.a) de la Ley 7/1.985) introduzcan otras modalidades de contestación (dentro de los instrumentos de control y fiscalización a que alude el artículo 104.2 del ROFRJEL) del Ejecutivo Municipal, que no precisan ser conocidas en el acto de las sesiones plenarias, como ocurre cuando se admite contestación escrita a los ruegos y preguntas que se formulan en las Asambleas representativas, tal como se recoge en el Derecho Parlamentario español y extranjero.

En base a lo expuesto, podemos recapitular que Los Ruegos podrán dar lugar al correspondiente debate, sin que proceda la adopción de acuerdo alguno, pues estaría viciado de nulidad. El debate podrá tener lugar, por lo general, en la sesión siguiente, sin perjuicio de que se desarrolle en la misma sesión en que se formule el ruego, si el Sr. Alcalde lo estima conveniente. En el primer caso, si el órgano de gobierno al que iba dirigido el ruego no ha llevado a cabo la actuación propuesta, quien lo presentó puede reiterarlo en la siguiente sesión, a efectos de que se lleve a cabo el antedicho debate. Dicho debate se ajustará a lo establecido en el artículo 94 del ROFRJEL, teniendo atribuida el Sr. Alcalde la facultad de ordenación de las intervenciones, y pudiendo los grupos políticos, una vez consumido el primer turno de intervenciones, solicitar un segundo turno, sin perjuicio de la facultad del Presidente corporativo de poner término al debate al objeto de evitar una prolongación excesiva de la sesión, en uso de su facultad moderadora.

Las Preguntas planteadas en una sesión, ya sean oralmente o por escrito, podrán ser contestadas en la sesión siguiente, salvo que el preguntado quiera darle respuesta inmediata. Las planteadas *por escrito* con veinticuatro horas de antelación a la celebración de la sesión habrán de ser contestadas en dicha sesión, salvo por causas debidamente motivadas, en cuyo caso se contestarán en la sesión siguiente. Las preguntas no darán lugar, en ningún caso a debate, puesto que van dirigidas a un órgano concreto, que es el que tiene las atribuciones que le permiten facilitar la información solicitada.

El orden en que han de ser debatidos los ruegos o contestadas las preguntas en la sesión siguiente a aquella en que hayan sido formulados ha de ser decidido por el Sr. Alcalde-Presidente, en uso de su facultad de moderación y ordenación de las intervenciones que tengan lugar en la sesión.

5. Derechos Económicos de los Miembros de las Corporaciones Locales

La Carta Europea de la Autonomía Local (aprobada en Estrasburgo el 15.10.1985 y ratificada por España el 20.1.1988, BOE 47 de 24.2.1989) en su art. 7.2º establece: *«debe permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como, si diera el caso, la*

compensación financiada de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo desempeñando la cobertura social correspondiente».

Nunca se cierra del todo el debate acerca de si los cargos electos locales deben de ser remunerados o no, ya apuntamos al principio gratuidad del ejercicio del cargo electo de concejal, sin perjuicio de las indemnizaciones o dietas que les pudieran corresponder y del derecho a una indemnización fija por el plus añadido de desempeño de cargo o delegación de competencias que le puedan ser asignadas. Ello se plantea que la retribución de los cargos públicos locales implica una cierta *profesionalización* de los mismos, por lo que pudiera suponer, por un lado, el encarecimiento del sostenimiento de la administración local, y sobre todo de cierta desvirtuación del concepto de servicio a la comunidad que debe de inspirara la actividad política local, así como consecuencias relativas a la intención de la perpetuación en el mismo, transfugismo etc. Sin embargo, lo contrario, la gratuidad, o la cuasi-gratuidad en el ejercicio del cargo, como se expresaba en la legislación preconstitucional (Real Decreto 3046/1967 y la Ley de Régimen Local anterior) que sólo permitía el abono de gastos de representación y dietas, implica que sólo participen en la política local aquellos que tengan medios personales y patrimonio que se lo permita. De ahí que se pueda interpretar en doble lectura , como se ha expresado más atrás, la reforma operada en el art. 75.1 por la Ley 1/1999.

Por lo anterior y pensando en un equilibrio que evite cualquiera de las no deseadas consecuencias anteriores aparezca como acertada la regulación de la *Ley de Bases* del Régimen Local, art. 75, cuando establece *«que sólo percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos los concejales que lo desempeñen en dedicación parcial o exclusiva, siendo incompatible esta retribución con cualquier otra de los Presupuestos de otras administraciones públicas y el ejercicio de cualquier otra actividad profesional»*. Pudiendo el resto de corporativos percibir indemnizaciones, dietas por asistencia a los órganos corporativos de los que formen parte. El precepto legal se desarrolla en el art. 13 del ROFRJEL de cuya regulación vamos a establecer los siguientes conceptos retributivos: 1) remuneración fija y periódica: retribución⁵⁰ 2) indemnizaciones. 3) dietas por asistencia a sesiones⁵¹.

⁵⁰ Algunos autores hablan de sueldos. No se comparte esa posición por cuanto el cargo electo con dedicación exclusiva no puede , en ningún caso ser equiparado a un trabajador por cuenta ajena, ni aunque sea preciso darle de alta en Seguridad Social , pues esta exigencia legal , (art. 75 LRBRL) no lo es por su estatus corporativo sino por la garantía de la cobertura sanitaria. Prueba de ello es que conforme reiterada jurisprudencia , no tiene derecho al seguro de desempleo.

⁵¹ Se mantiene esta distinción aunque algunos autores como (Francisco Javier SILVIA PÉREZ, en «Los Derechos Económicos de los Miembros de las Corporaciones Locales», REALA

El ROFRJEL (art.13.3) ha reinterpretado en un exceso reglamentario el concepto dedicación exclusiva de la Ley, al matizar la taxativa dedicación exclusiva del art. 75.1 de la LRBRL con la *dedicación preferente*, definición que la reciente reforma ha puesto en su justo término o se está en exclusiva o en dedicación parcial, pudiéndose percibir en ambos casos las retribuciones que el pleno acuerde, lógicamente en función de la intensidad de la dedicación al cargo representativo.

5.1. *Retribución Fija*

Como establece la normativa analizada el la remuneración fija en su cuantía y periódica en su devengo, sólo le es posible devengarlos a aquellos concejales que desempeñen su cargo dedicación exclusiva o parcial por tener funciones de la Alcaldía delegadas o ostentar Tenencias de Alcaldía no para el resto de Corporativos.

La determinación de su cantidad, ha de producirse en el Pleno, preferentemente en las Bases del Presupuesto, acuerdo en el que se ha de establecer la consignación global y la pormenorizada relación de cargos con dedicación exclusiva y la cuantía de remuneraciones que a cada uno de ellos le competa. En este sentido, como tenemos dicho en otro lugar, la sesión del Pleno apropiada, para ello es el convocado por el Alcalde a los treinta días de su toma de posesión, dentro de los treinta días de su toma de posesión, para la organización de la misma⁵², debiéndose dar a la cuantía de las asignaciones a cada uno de los concejales idéntica publicidad que todos los demás acuerdos de dicho órgano no sujetos al derecho a la intimidad⁵³ (art. 18 C.E. en relación con el 37 de la LRJAPYAC).

La retribución a los Concejales en dedicación exclusiva y con mas sentido en la parcial debe de considerarse de una naturaleza jurídica mas indemnizatoria que de un trabajo por cuenta ajena, ello porque, se trata del libre acceso a funciones políticas públicas que en nada tiene que ver con el trabajo por cuenta ajena. En correcto sentido dicha retribución debe de compensar la perdida de remuneraciones a aquellos que con el acceso al cargo pierden total o parcialmente de ejercer sus profesiones o dejan de percibir sus salarios e indemnizar a los que acceden a dichos cargos desde fuera del mercado de trabajo por el tiempo que se les priva de buscar un trabajo, cobrar un desempleo, una pensión etc. Esta perspectiva es la

nº 267 y Juan DE ANJOU en «El Personal al Servicio de la Administración Local», nº 15 de la Colección Manual de El Alcalde) estiman que indemnizaciones y asistencias son una misma cosa.

⁵² *Revista Canaria de Administración Pública* nº 9, p.s. 11 y siguientes.

⁵³ A. DOMÍNGUEZ VILA, *Revista de Estudios de la Vida Local y Autónoma* nº 249, pp. 81 a 84.

que permite enfocar correctamente todo el sistema y sus incompatibilidades, para evitar que la función política local se convierta en un *profesionalismo* político de todo punto indeseado constitucional y democráticamente⁵⁴.

En este aspecto se ha de sostener que la regulación del ROFRJEL acerca de la permisividad de ocupaciones marginales y la dedicación preferente al trabajo corporativo, ha de ser interpretado estrictamente en relación con el ahora reformado y claro distingo efectuado en el art. 75.1 de la Ley, por lo tanto, en relación con la legislación de incompatibilidades interpretar que en el caso de la dedicación exclusiva, las ocupaciones marginales, se refieren únicamente a la administración de su propio patrimonio y no al ejercicio de profesión liberal o trabajo por cuenta ajena incompatible totalmente con la exclusividad de la dedicación que se retribuye⁵⁵, no cabiendo en este caso ni siquiera la posible concesión de compatibilidad por el Pleno.

La dedicación exclusiva o parcial y la remuneración fija y periódica comportan dos consecuencias para la Corporación, el alta en Seguridad Social y el p.o de las cuotas empresariales por la Administración. Aunque este hecho no conlleva la necesidad de realizar ningún contrato laboral ni tampoco el derecho al cobro de prestaciones por desempleo.

Estas retribuciones por dedicación exclusiva o parcial implican que no se pueden cobrar cantidades en concepto ni de asistencia a sesiones ni por su pertenencia a otro órgano u organismo de la entidad local. Aunque nada se expresa respecto a las indemnizaciones, entendemos que también están incluidas en la incompatibilidad, salvo indemnizaciones por razón del servicio consistentes en viajes, o desplazamiento, pero no indemnizaciones por gastos causados por el ejercicio de su función: locomoción, transporte, etc. a no ser que el Presupuesto de la Corporación tenga destinada alguna partida a gastos de representación y protocolo, a la que se podrían cargar los gastos que de esta naturaleza se le ocasionaran al concejal en dedicación exclusiva o parcial.

Para la formalización de este derecho⁵⁶, la Ley sólo exige que se consigne en el Presupuesto de la Corporación globalmente las cantidades, con los límites que se establezcan, dado que no se han fijado los límites en el ROFRJEL ni en una Ley de Presupuestos posterior, la consignación global es libre para cada Corporación, aprobándose a propuesta del Presidente. Asimismo también es libre la asignación a cada cargo, todas estas propuestas deben llevar el informe previo de Intervención conforme a la Ley de Haciendas Locales, art. 195 y previo informe

⁵⁴ STS Arz. 1993\4342 de 10-6-1993.

⁵⁵ Vid. A. PÉREZ LUQUE. op. cit. *El Consultor n° 12*, 1995, p. 1737 y ss.

⁵⁶ A. PÉREZ LUQUE, en op. cit. p. 1746.

de la Comisión Informativa de Hacienda, debe ser acordado en el Pleno que se expresó antes, por mayoría simple. Además se debe de notificar a los miembros de la corporación afectados que deberán aceptarlo expresamente, dándose cuenta de esta aceptación en el Pleno siguiente.

5.2. *Las Indemnizaciones*

Están recogidas en los párrafos 2 y 3 del art. 75 y 13.5 del ROFRJEL, son un concepto retributivo que consiste en la reposición de un gasto ocasionado por el ejercicio del cargo de concejal cuando sea efectivo, se haya ocasionado con anterioridad a la solicitud de su reembolso y se haya acreditado documentalmente. No deben caber las indemnizaciones con carácter general con carácter periódico en su abono o en su cuantía, ni entregas a cuenta. Las cuantías concretas de las mismas, los supuestos y las condiciones de su devengo deberán acordarse por el Pleno en las Bases de Ejecución del Presupuesto, que en todo caso deberán regular la forma en que se deberá demostrar o acreditar que el gasto se ha ocasionado el ejercicio de la función política y por gestiones que no son ajenas al cargo, así como que se hayan producido de hecho y que, sean justificables documentalmente⁵⁷ Algunas indemnizaciones como las de viajes o comisiones de servicios sí pueden ser extensivas a los miembros corporativos que tengan dedicación exclusiva o parcial, en la manera en que antes se ha expresado, se deben adecuar a la normativa estatal o autonómica que regule las mismas. Existe discrepancia en la doctrina acerca de la aplicación del Real Decreto 236/88, de 4 de marzo del Estado y sus actualizaciones, a los políticos locales en la doctrina⁵⁸, aunque estimamos que junto con los correlativos Decretos autonómicos deben de servir de pauta a seguir por los Presupuestos municipales⁵⁹.

5.3. *Las Dietas*

La asistencia por concurrencia a las sesiones, viene regulada sólo en el ROFRJEL que en su art. 13.6 limita el derecho a su devengo a los miembros de la corporación que no tengan dedicación exclusiva, exceptuando de este principio general⁶⁰, a la asistencia a organismos dependientes de la corporación local que tengan personali-

⁵⁷ A. PÉREZ LUQUE, op. cit. p. 1749.

⁵⁸ F.J. SILVIA PÉREZ, op. cit. p. 619, estima que sí, A. PÉREZ LUQUE, op.cit. *Consultor* p. 1749, estima que no.

⁵⁹ STS Arz 1992\4930 de 8-6-1992.

⁶⁰ STS Arz. 1995\9009 de 1-12-1995.

dad jurídica independiente o consejo de administración de empresas con capital o control municipal y tribunales de pruebas para selección de personal en los que aún teniendo dedicación exclusiva, se puede devengar esta dieta. A mi juicio, compartiendo la opinión de Sosa Wagner⁶¹, estamos ante un nuevo exceso del Reglamento respecto a la Ley. El art. 75.1 no establece la excepción que el ROFRJEL pretende desarrollar. No existe justificación para que corporativos electos que ya cobran un sueldo por la dedicación exclusiva y ahora también parcial, lo que implica la absoluta o parcial disposición de estancia en las dependencias municipales y asistencia a todas las reuniones el tiempo que hiciere falta y pretender cobrar además por asistencia a órganos o a pruebas selectivas durante el desempeño de su jornada de trabajo político, que no se puede identificar con la de los funcionarios⁶².

El cobro de las asistencias no puede ser ni fijas ni periódicas. Debiendo establecerse la consignación presupuestaria global por el Pleno en las Bases del Presupuesto y la asignación para cada órgano y para cada concejal que no esté en dedicación exclusiva en la sesión del Pleno corporativo de organización de la corporación a que se hace referencia más atrás.

Para su cobro, se deberá exigir certificación expedida por el Secretario General acerca de la efectiva asistencia del concejal a la sesión de la que se pretende cobrar la dieta.

Por último, debe tenerse en cuenta que la Ley de Incompatibilidades de 26 de diciembre de 1984, 53/84, incluye en su art.1 a los miembros de las corporaciones locales, en la incompatibilidad de percepción de una retribución por con dedicación exclusiva, con cualquier otra retribución con cargo al presupuesto de las administraciones públicas incluidas pensiones de cualquier naturaleza, procediendo en este caso la suspensión de la pensión⁶³.

6. La responsabilidad de los miembros electos de las Corporaciones Locales

Respecto a las responsabilidades de los concejales, se puede hacer una clasificación entre las distintas clases de la misma:

- Primero, responsabilidad política.
- Segundo, responsabilidad disciplinaria o administrativa.

⁶¹ *Manual de Derecho Local*, Civitas p. 189,

⁶² Y respecto al tema de las dietas, volver atrás, las dietas de asistencia a sesiones, se expresa con *El Consultor* (Manual de El Concejal p. 140) que resulta contraria al espíritu del concepto dietas por asistencia a sesiones el abono de gastos de locomoción por asistencia a las sesiones.

⁶³ STS Arz. 1995\9009 de 1-12-1995.

- Tercero, responsabilidad civil.
- Cuarto responsabilidad penal.

Respecto a la primera, se encuentra regulada en los mecanismos de control y fiscalización que el Pleno tiene en la actuación de los concejales, siendo la máxima responsabilidad política del Alcalde y su gobierno, la moción de censura y por ultimo la responsabilidad depurada por las elecciones.

Una peculiar forma de depuración de responsabilidades políticas la constituye las Comisiones Especiales de Investigación.

Otra es la responsabilidad de los miembros corporativos por el voto emitido en la adopción de acuerdos: los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente, excluyéndose la responsabilidad, por tanto, cuando los Concejales se abstengan o voten en contra de la adopción de tales acuerdos, de acuerdo con los artículos 78.1 y 2 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (B.O.E. nº 80, de 3 de abril de 1.985), y 27.4 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. nº 285, de 27 de noviembre de 1.992).

La denominada responsabilidad disciplinaria⁶⁴, se regula en el art. 78.4 de la Ley de Bases cuando se establece la potestad de los presidentes de las corporaciones locales en sancionar a los miembros de la misma, por inasistencia a las sesiones o incumplimiento de sus obligaciones, esta legislación se desarrolla en los arts. 59 del Texto Refundido que expresa los límites de dichas sanciones y los arts. 18 y 19 del ROFRJEL. Esta sanción es el corretalo del derecho/deber de asistencia a las sesiones de los órganos municipales de los que formen parte, establece el ámbito de una relación de sujeción especial entre el concejal y la función pública que representa y aunque no se expresa nada en el ROFRJEL, en el Reglamento del Congreso se prevén también sanciones que conlleven las pérdidas de sus asignaciones económicas. Entre las necesidades de este sentido⁶⁵, en este sentido no es posible tampoco imponerles sanciones por inasistencia a los concejales electos que no hayan tomado posesión de su cargo o por haberse negado al juramento de la Constitución, STS de 19 de mayo de 1997, Sala Tercera.

La imposición de la sanción ha de establecerse previo la instrucción de un expediente, con sujeción a los principios constitucionales del derecho sanciona-

⁶⁴ A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en op. cit. p. 88, la denomina como administrativa impropriamente,

⁶⁵ Vid. D. LOPERENA ROTA «El Pleno del Ayuntamiento», en Documentación Administrativa nº 228, p. 81 y ss.

dor arts. 24 y 25, y al desarrollo de éstos en los arts. 127 a 138 de la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común.

6.1. *Responsabilidad Penal*

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas la 2/82, de 12 de Mayo, establece en sus arts. 38.1. y 42.1 la responsabilidad penal en el manejo de caudales y efectos públicos de las autoridades locales.

La Ley de Régimen Local se refiere a actuaciones ante los tribunales en los arts. 48, 113, 115 y 116.

Nos hemos de remitir al novedoso artículo 320 del vigente Código Penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre; B.O.E. nº 281, de 24 de noviembre; rect. B.O.E. nº 54, de 2 de marzo de 1.996), cuyo tenor literal es el siguiente:

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

Por su parte, el artículo 404, al que remite el anterior, se expresa en los siguientes términos: *«A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».*

6.1.1. Clave explicativa de la tipificación penal:

El recurso al Derecho Penal en este sector se produce en un contexto de desconfianza hacia la actuación de la Administración, en una materia en la que ha imperado no sólo la inactividad e ineficacia, sino en ocasiones también la cesión ante la presión de los intereses especulativos existentes en el mercado inmobiliario.

6.1.2. Naturaleza del delito:

El tipo descrito en el artículo 320 se construye sobre la base de una remisión expresa al artículo 404 del Código Penal, en el que se describe el tipo de prevari-

cación. Semejante remisión no debe ser entendida a los meros efectos de determinar la pena, sino que resulta indicativa de la naturaleza de la infracción. Nos encontramos ante una forma de *prevaricación agravada*. Las razones de tal cualificación, nada insignificante si se piensa en la previsión alternativa de una pena de prisión, resultan difíciles de explicar. En cualquier caso, y sin perjuicio de la valoración político-criminal que ello merezca, debe entenderse que el Código atiende a la especial trascendencia que para la protección del bien jurídico tienen las funciones encomendadas por la Ley a la Administración.

6.1.3. Elemento subjetivo del tipo

La exigencia de conocimiento de la injusticia se corresponde con la estructura clásica del delito de prevaricación *dolosa*, que evidencia la naturaleza de la infracción. El concepto de injusticia debe interpretarse como equivalente a la noción de resolución arbitraria a que alude el artículo 404 del mencionado Código, que sustancialmente no diverge de la interpretación de la injusticia como contradicción con el ordenamiento jurídico efectuada hasta el momento por la jurisprudencia.

Así, la expresión «*a sabiendas de su injusticia*» exige que la autoridad o funcionario público dicte la resolución con conciencia y voluntad del acto, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución, tal y como apuntan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1.994 (RJ 1.994, 1.552), 24 de junio de 1.994 (RJ 1.994, 5.031) y 8 de noviembre del mismo año (RJ 1.994, 8.793).

En este mismo sentido, conviene concretar el significado del término «*injusticia*»: la simple discordancia de la resolución con las normas reguladoras del ámbito administrativo no convierte en delictiva la conducta del funcionario o autoridad. Por el contrario, se exige para integrar el tipo de prevaricación en general, y de esta prevaricación cualificada en particular, que la ilegalidad sea, en palabras del alto Tribunal, «*tan grosera y evidente que revele por sí la injusticia, el abuso y el «plus» de antijuricidad*». Lo que supone que la resolución debe presentar una contradicción con el ordenamiento jurídico patente, notoria e incuestionable, apartándose de manera flagrante y llamativa de la normativa que regula sus aspectos esenciales, de modo que no exista ningún método de interpretación racional que permita sostener el criterio de interpretación adoptado.

Esta interpretación restrictiva del delito de prevaricación ha conducido a la jurisprudencia a concretar específicamente cuáles son los supuestos en los que existe una contradicción insalvable entre la resolución y el ordenamiento jurídico. Así, es reiterada la doctrina jurisprudencial que requiere, para apreciar la injusticia, que el sujeto actúe con absoluta falta de competencia, de modo que invada atribuciones que le son extrañas, que la resolución prescinda de elementos formales indispensables, o bien, que el propio contenido de la resolución constituya un

«*torcimiento del derecho*» o una contradicción con el ordenamiento jurídico patente y manifiesta. En síntesis, la injusticia puede venir determinada por la falta absoluta de competencia, por el incumplimiento de trámites formales esenciales o por la manifiesta discordancia del contenido de la resolución con el ordenamiento jurídico, en los términos que antes se indicó (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.994 —RJ 1.994, 2.680—, 27 de mayo de 1.994 —RJ 1.994, 9.345—, 28 de diciembre de 1.994 —RJ 1.994, 10.376—, 5 de abril de 1.995 —RJ 1.995, 2.819— y 2 de noviembre de 1.995 —RJ 1.995, 8.012—).

No basta pues con la mera ilegalidad de la resolución, que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como en tantas ocasiones ocurre en derecho, sino de algo más. Debe tratarse, en último término, de una ilegalidad flagrante y clamorosa, de modo que, de existir alguna duda razonable sobre la legalidad o ilegalidad del acto, debería descartarse el delito. Esta comprensión del elemento «*injusticia*» ha permitido excluir interpretaciones estrictamente formales del delito, así como situar la intervención penal en el ámbito del desvalor material que le es propio. El Derecho Penal debe ser entendido como «*ultima ratio*» en relación a otros medios, menos traumáticos, de los que dispone el Estado para la resolución de conflictos.

Por resolución injusta ha venido entendiendo doctrina y jurisprudencia aquellas decisiones que suponen una patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico. Es decir, en términos empleados profusamente por el Tribunal Supremo, aquella en la que la ilegalidad, «*el torcimiento del derecho*», es grosero y evidente.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que los delitos contra la Administración Pública están eminentemente condicionados en su desarrollo hermenéutico por la existencia de todo un entramado institucional y legal extrapenal que impide que la sanción penal se articule de espaldas a aquella realidad normativa. Esta especial configuración de los referidos delitos, y en particular el delito de prevaricación, les confiere, sin duda, una clara impronta normativa, de modo que no es posible su interpretación sin acudir a conceptos acuñados por la legislación que en primera instancia se ocupa de ese sector de actividad, la normativa administrativa. De no proceder en el sentido indicado, se estaría configurando la *ratio* interpretativa de los tipos penales de espaldas al propio modelo de actividad que se pretende tutelar. Todo ello conduce a propugnar una interpretación de los términos empleados en las diversas figuras delictivas de modo concordante con el sentido que les confiere el Derecho Administrativo.

La prueba del elemento subjetivo resulta compleja en la mayor parte de los delitos, por ello no es extraño que se recurra a pruebas indirectas o de indicios. Así, por ejemplo, en relación al delito de prevaricación, *la previa solicitud de la autoridad o funcionario público de un informe al asesor o asesores jurídicos de la Administración, en aquellas ocasiones en las que se ha resuelto de conformidad con ese dictamen, ha conducido a negar el carácter doloso de la conducta,*

incluso la imprudencia, como establecen las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1.993 (RJ 1.993, 3.772) y 10 de noviembre de 1.994 (RJ 1.994, 8.809).

En cuanto a la posibilidad de cometer el delito con *dolo eventual*, cabe decir que quizá con la desaparición de la modalidad imprudente, la cuestión debería plantearse en términos distintos. Así, la jurisprudencia no ha dudado en considerar dolosa la conducta de la autoridad o funcionario público que dicta una resolución objetivamente injusta —arbitraria—, sin haber utilizado los medios técnicos puestos a su alcance para comprobar su concordancia con el ordenamiento jurídico, o cuando, habiéndolo hecho, ha resuelto de forma distinta, como sienta la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1.993, antes citada. En estos supuestos, sobre cuya calificación el Tribunal Supremo no se ha manifestado con precisión, pues le ha bastado con encuadrarlos genéricamente en el ámbito de lo doloso, en realidad se está en presencia de formas eventuales de prevaricación.

En consecuencia, tan *sólo se contempla como típica la comisión dolosa del delito*, manifestándose una de las consecuencias más relevantes de esta circunstancia en materia de *error*, dado que el error de tipo vencible permanecerá impune.

6.1.4. Autoría y participación

Nos encontramos ante un *delito especial propio*, en cuanto sólo puede ser cometido por quien ostente la condición de funcionario público o autoridad. Es posible la *coautoría*, siempre que la resolución requiera para su adopción la intervención de varios sujetos. Esta cuestión remite a la problemática de la *responsabilidad de los órganos colegiados*. En relación a este tema reina acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia, por lo que no existe inconveniente en reconocer que la acción típica puede ser llevada a cabo tanto por el funcionario o autoridad en su calidad de órgano unipersonal, como por los miembros de un órgano colegiado, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias establecidas en el tipo. Así, son muchos los pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que consideran responsables del delito de prevaricación a todos aquellos miembros del órgano colegiado que contribuyeron con su voto a la adopción del acuerdo injusto (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1.994 —RJ 1.994, 10.231—, por citar una de las últimas sentencias en esta materia). Esta reiterada jurisprudencia remite, para excluir la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron o votaron en contra de la resolución «injusta», a la propia normativa administrativa, es decir, a los ya mencionados artículos 78.1 y 2 de la Ley 7/1.985 y 27.4 de la Ley 30/1.992. Además, en el referido artículo 320.2 se prevé expresamente la responsabilidad de los miembros de un órgano colegiado *sólo* cuando éstos hubieran votado a favor de una resolución injusta.

En el delito de prevaricación y, en concreto, en este delito de prevaricación cualificada, son posibles también hipótesis de *autoría sucesiva*, terminología con-

ceptual en ocasiones admitida por el propio Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, cuando un funcionario dicta, a sabiendas de su injusticia, un informe vinculante arbitrario y, después otro funcionario o autoridad competente para decidir dicta una resolución en el mismo sentido con conocimiento de su injusticia.

Son punibles en relación a este delito todas las formas de participación: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad.

6.1.5. Consumación del delito

El delito se consuma con la adopción por la autoridad o funcionario de la resolución. El art. 78.1. de la Ley de Bases del Régimen Local establece la responsabilidad civil y penal por actos u omisiones realizadas en el ejercicio de su cargo, de los cargos electos de los concejales. A diferencia de diputados y senadores y parlamentarios de asambleas legislativas de las comunidades autónomas, los cargos electos locales carecen de todo tipo de prerrogativas inmunidad e inviolabilidad, así como no disponen de un fuero especial para su enjuiciamiento penal. La delimitación de la responsabilidad penal, así como la civil, la realiza el punto 2 del art. 78 respecto hayan quienes hayan votado favorablemente el acuerdo⁶⁶. Al-
gún autor plantea la posibilidad de exigir responsabilidad también a las abstenciones cuando el cómputo de las mismas haya propiciado el acuerdo general de dicha responsabilidad, entendemos que no cabe dicha exigencia por la taxatividad del artículo 78.2.

En el punto 3 del art. 78 exige que concurran culpa o dolo grave y que se haya causado daños y perjuicios a la corporación o a terceros y fuera preciso indemnizarlos por aquélla para poder exigir dicha responsabilidad. El texto refundido, art. 60, no establecía la característica de grave, y más adelante el art. 145.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, vuelve a insistir en la exigencia de que concurran dolo, culpa o negligencia grave, con lo cual parece que debe de estar sobrevenidamente derogado lo previsto en el texto refundido.

El órgano competente para la depuración de la responsabilidad es el pleno de la corporación, art. 50, puesto que es el ejercicio de una acción judicial, art. 50.17 del ROFRJEL, y el caso dándose traslado a los tribunales competentes del tanto de culpa civil o penal. La tramitación de este expediente deberá someterse a lo previsto en el art. 54 de la Ley de Bases del Régimen Local y 225 del ROFRJEL.

Otros dos aspectos de la responsabilidad civil son: la responsabilidad frente a terceros que pueden dirigirse directamente contra los titulares del órgano o a la

⁶⁶ RIVERO ISERN *Manual de Derecho Local*, p. 109. *El Consultor*, Manual del Concejal, p. 171.

entidad local para que ésta lo haga en vía de regreso contra los responsables, siendo aplicable en este caso, en el caso administrativo la Ley de Régimen Jurídico, arts. 125 y siguientes, y si son los tribunales de justicia, a tenor del art. 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Juez de Primera Instancia.

7. Excepciones a la duración del mandato. La suspensión y pérdida de la condición de concejal

La pérdida de la condición de concejal, puede ser con carácter temporal o con carácter definitivo.

Debe sostenerse la regla general de la inamovilidad o intangibilidad en el desempeño del cargo, frente a lo previsto en el ordenamiento anterior. La sentencia del T.C. 4/81, de 12 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos del Texto refundido de Régimen Local de 1955, declaró la inconstitucionalidad de los preceptos de aquél que se refirieran a cualquier posibilidad de suspensión o destitución de los miembros de las corporaciones. Más adelante, en la sentencia 5/1983 se declara inconstitucional el 11.7, de la entonces vigente Ley de Elecciones Locales, al impedir que partidos políticos cesaran a un concejal electo en sus listas, puesto que como expresa la sentencia, ello vulneraría el art. 23.2 que otorgaba permanecer en su cargo durante todo el mandato a los que han sido elegidos por los vecinos y como ya se ha expresado el papel del partido en que se presentan y la lista electoral en la que salen elegidos a una simple instancia mediadora. Este derecho al mandato que ya hemos visto, a la continuidad del mandato, se ve suspendido en la ST.C. 107/84, y los art. de La LOREG y 8 del ROFRJEL por grave alteración del orden público, con recaimiento de sentencia judicial firme con inhabilitación para el ejercicio de cargo público⁶⁷.

Sobre la pérdida definitiva de la condición de cargo electo local se refiere el art. 9 del ROFRJEL, aunque se deben de tener el cuenta otros preceptos sobre todo de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Siguiendo el esquema del ROFRJEL, los motivos de pérdida de la condición amén del cese colectivo de la corporación por finalización del mando o anticipadamente por gestión generalmente dañosa a los intereses generales y el procedimiento previsto en el art. 61 de la Ley de Bases de Régimen Local, son los siguientes:

1º. la anulación de la elección o proclamación por decisión judicial, previsto en el art. 113.2 de la LOREC, cuando por decisión judicial firme se anule la elección o proclamación.

⁶⁷ L. MORELL OCAÑA, op. cit. 521 a 528. En el mismo sentido, RIVERO ISERN, op. cit. p. 110.

2°. El fallecimiento, establecido en el art. 182 de la LOREG, no merece más comentarios⁶⁸.

3°. La incapacitación, conforme al art. 199 del Código Civil, la ha de producirse por sentencia judicial firme que la declare.

4°. Finalización del mandato a los cuatro años, conforme a lo establecido en el art. 194 de la LOREG, en relación con el 42.3 de la misma Ley. En este punto los concejales en elecciones parciales posteriores a la convocatoria general terminan el mandato el mismo día que el resto, es decir a la convocatoria general de nuevas elecciones. Lo mismo ocurre con aquellos que acceden al cargo para cubrir vacantes producidas después de la constitución de los ayuntamientos.

La renuncia, según el art. 9.4 del ROFRJEL, el ejercicio del cargo de las características del cargo de concejal, está la voluntariedad, por lo tanto la libre renuncia debe ser considerada como motivo de terminación de la función, Como expresa Rivero Isern⁶⁹ existen diversas líneas jurisprudenciales contradictorias sobre cuando causa efecto dicha renuncia, para unos cuando se presenta en el registro de entrada del Ayuntamiento el escrito, (la renuncia tiene que ser expresa) y el acuerdo plenario es simplemente una toma de conocimiento o dación de cuenta, para otros sólo y únicamente cuando el Pleno ratifica la voluntad de renuncia del concejal es cuando ésta es efectiva. Resulta más correcta la interpretación que realiza este autor, y la que me sumo, de que al ser la renuncia una declaración de voluntad unilateral de carácter personal, su autor es libre el cualquier momento de retirarla, en tanto no haya sido aceptada por la Corporación y remitida a la junta electoral correspondiente la solicitud de sustitución por el siguiente de la lista. esto es, no se estima perfeccionado el acto jurídico unilateral, hasta que acordado por el Pleno, tiene salida de la Corporación la solicitud a la Junta Electoral correspondiente del nombramiento del siguiente de la lista⁷⁰.

En efecto en la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha considerado, por unos pronunciamientos el escrito de renuncia como un acto preparatorio que se hace efectivo en la solemnidad del Pleno, y por otros por el contrario como acto fehaciente declarativo de voluntad que no puede ser enervado por escapar ya a la voluntad de l renunciante, no teniendo el acuerdo plenario efectos constitutivos. El T.C. apoyó esta ultima tesis en STC 185/1993 de 31 de mayo y consecuentemente los Acuerdos de la Junta Electoral Central (27-9, 9 y 14 de octubre de 1996, 29 de Enero, 13 de marzo, 14 de julio, 17 de septiembre y 24 de octubre de 1997

⁶⁸ STS Arz 1993\2755 de 2-4-1993.

⁶⁹ Op. cit. p. 110 y 111.

⁷⁰ La jurisprudencia. del TS en materia de renuncia: STS: Arz 1992\3240 de 31-3-1992. STS 1990\97 de 25-1-1990.

y 30 de noviembre de 1998). Sin embargo recientemente el T:C. Ha modificado el anterior criterio , en el sentido apuntado mas atrás. En efecto en la STC 214/1998 reconoce que la renuncia debe hacerse efectiva ante el Pleno para su real operatividad y puesta en marcha del mecanismo sustitutorio⁷¹.

5º. Por incompatibilidad. Los arts. 178 y 213 de la LOREG establecen las causas específicas de incompatibilidad de entre la condición de concejal o diputado con el ejercicio de funciones públicas o privadas que contradicen, o que afectan gravemente al ejercicio funciones públicas por contradicción de intereses.

6º. Por pérdida de la nacionalidad española. En este punto ha de tenerse presente respecto a la ciudadanía europea y el criterio de reciprocidad⁷² que una vez acordado por el Pleno no cabe retirada de la decisión, que no haya salido el acuerdo del ayuntamiento. El art. 10 del ROFRJEL establece la forma de operar cuando la pérdida del cargo se produce por incompatibilidad.

⁷¹ Vid sobre ello «La revocabilidad de la renuncia de Concejales ...» M. DELGADO-IRIBARREN GARCIA CAMOERO, en el *Consultor n° 9*, mayo de 1999.

⁷² EL CONSULTOR establece op.cit. p. 186, Manual del Concejal.